

UiO : **Det juridiske fakultet**

Det rettslige vern for tekniske beskyttelsessystemer

Kandidatnummer: 703

Leveringsfrist: 25. november 2015

Antall ord: 17 673



Innholdsfortegnelse

1	INNLEDNING	1
1.1	Tema og problemstilling	1
1.2	Avgrensninger	2
1.3	Metode.....	3
1.4	Fremstillingen videre.....	5
2	TERMINOLOGI, TEKNOLOGI OG BRUKSOMRÅDE.....	6
2.1	Teknisk beskyttelsessystem og DRM	6
2.1.1	Definisjoner og terminologi	6
2.1.2	Teknologi og konsepter.....	7
3	ÅNDSVERKLOVEN § 53A FØRSTE LEDD – OMGÅELSESVERNET	9
3.1	Innledning.....	9
3.2	Omgåelse	10
3.3	Effektive tekniske beskyttelsessystemer	11
3.3.1	Innledning	11
3.3.2	Tekniske krav til utformingen av beskyttelsessystemet.....	11
3.3.3	Effektivitetskravet.....	13
3.4	Verk og arbeider	16
3.5	Objektet for beskyttelsen etter opphavsrettsdirektivet art. 6(3)	18
3.5.1	Innledning	18
3.5.2	Objektet for beskyttelsen i henhold til direktivteksten og juridisk teori.....	18
3.5.3	Objektet for beskyttelsen i henhold til sak C-355/12 Nintendo v. PC Box	21
3.5.4	Proporsjonalitetsprinsippet.....	27
3.6	Kravet til opphavsrettslig relevans i henhold til åndsverkloven § 53a første ledd.....	30
3.6.1	Innledende bemerkninger.....	30
3.6.2	Må beskyttelsessystemet utelukkende kontrollere opphavsrettslig relevante handlinger?	31
3.6.3	Åndsverkloven § 11a relatert til tekniske beskyttelsessystemer.....	34
3.7	Oppsummering og den videre drøftelse	37
4	FORBUDET MOT DISTRIBUSJON OG ANDRE TYPER BEFATNING MED OMGÅELSESVERTØY	38
5	UNNTAK – PRIVAT BRUKERS TILEGNELSE AV VERKET	41
5.1	Innledning.....	41

5.2	Unntakets innhold	42
5.2.1	Særlig om kriteriet ”det som i alminnelighet oppfattes som relevant avspillingsutstyr”	42
5.2.2	De resterende vilkår	46
5.3	Forholdet til opphavsrettsdirektivet.....	48
5.3.1	Innledning	48
5.3.2	Er unntaket om privat brukers verkstilegnelse i samsvar med proporsjonalitetsprinsippet?.....	49
6	AVSLUTTENDE BEMERKNINGER	50
	LITTERATURLISTE	51

1 Innledning

1.1 Tema og problemstilling

Den digitale tidsalder og informasjonssamfunnet kjennetegnes ved at datamaskiner, annet teknologisk utstyr og internettet har blitt tilgjengelig for de fleste.¹ Denne teknologien har gjort det mulig å fremstille perfekte kopier av åndsverk gjennom et par tastetrykk, for deretter å gjøre de tilgjengelige for et stort antall mennesker i løpet av kort tid.² Slik utnyttelse av åndsverk er i strid med rettighetshaveres enerett til å råde over åndsverk ved å fremstille eksemplarer av det og gjøre det tilgjengelig for allmennheten etter åndsverkloven § 2.³ En av de sentrale begrunnelsene for opphavsretten, herunder åvl. § 2, er at rettighetshavere skal bli belønnet for sin skapende innsats.⁴ Fremveksten av den digitale tidsalder utgjorde derfor en trussel mot rettighetshaveres interesser.

For å motvirke denne trusselen ble tekniske beskyttelsessystemer utviklet.⁵ Tekniske beskyttelsessystemer hindrer sluttbrukere fra å få uberettiget adgang til verk, og fra å kopiere verk.⁶

Omtrent like tidlig som tekniske beskyttelsessystemer begynte å anvendes på digitalt innhold, ble det argumentert for at beskyttelsessystemene også burde ha rettslig vern mot omgåelse.⁷ Internasjonalt ble et slikt rettslig vern innført ved WIPO Copyright Treaty (WCT) og WIPO Performances and Phonograms Treaty (WPPT) i 1996.⁸ I 2001 ble et lignende rettslig vern innført i EU ved EP/Rdir/2001/29/EF (opphavsrettsdirektivet), som blant annet gjennomfører WIPO-traktatene.⁹ Opphavsrettsdirektivet ble innlemmet i EØS-avtalens vedlegg om opphavsrett, og gjennomført i Norge ved lovendring i 2005.¹⁰ Hovedbestemmelsen om det rettslige vern av tekniske beskyttelsessystemer er inntatt i åndsverkloven § 53a.¹¹

¹ Rieber-Mohn (2010) s. 20. Westman (2003) s. 560.

² Rieber-Mohn (2010) s. 22-24.

³ Lov om opphavsrett til åndsverk m.v. av 12.05.1961 nr. 2 (heretter åvl.).

⁴ Rognstad (2009) s. 31.

⁵ Rieber-Mohn (2010) s. 202.

⁶ Rieber-Mohn (2010) s. 202.

⁷ Rieber-Mohn (2010) s. 202.

⁸ Rieber-Mohn (2010) s. 202. World Intellectual Property Organization Copyright Treaty (heretter WCT) art. 11 og art. 12, og World Intellectual Property Organization Performances and Phonograms Treaty (heretter WPPT) art. 18 og art. 19.

⁹ Gasser (2004) s. 7. EP/Rdir/2001/29/EF av 22. mai 2001 om harmonisering av visse sider ved opphavsrett og beslektede rettigheter i informasjonssamfunnet (heretter opphavsrettsdirektivet).

¹⁰ Ot.prp. nr. 46 (2004-2005) s. 5. Avtale om det europeiske økonomiske samarbeidsområde (heretter EØS-avtalen).

¹¹ Lov om opphavsrett til åndsverk m.v. av 12.05.1961 nr. 2 (heretter åvl.).

En sentral problemstillingen ved innføringen av rettslig vern for tekniske beskyttelsessystemer er hvilken rekkevidde vernet skal ha. Fordi enhver omgåelse kan føre til uautorisert eksemplarframstilling og tilgjengeliggjøring i stort omfang innen kort tid, vil de fleste rettighetshavere ha et vidt rettslig vern. På den andre side kan tekniske beskyttelsessystemer hindre alle former for bruk; inkludert bruk som ikke er i strid med åndsverkloven for øvrig.¹² Der åndsverkloven tradisjonelt sett balanserer interessene til rettighetshaver og sluttbruker, blant annet ved at rettighetshavers eneretter er avgrenset, kan vernet av tekniske beskyttelsessystem i ytterste konsekvens føre til at disse avgrensningsreglene blir tilsidesatt.¹³

På bakgrunn av dette er denne oppgavens problemstilling er å avgjøre i hvilken grad åvl. § 53a verner rettighetshaver mot sluttbrukeres omgåelse av tekniske beskyttelsessystemer. Et viktig moment i denne sammenheng er at norsk lovgiver har valgt en ordlyd som skiller seg fra opphavsrettsdirektivet art. 6. For å besvare oppgavens problemstilling er det derfor nødvendig å avgjøre om åvl. § 53a er i strid med direktivets bestemmelse, og hvordan dette eventuelt påvirker vernets rekkevidde.

1.2 Avgrensninger

Åndsverkloven § 53a nedlegger to forbud.¹⁴ Etter bestemmelsens første ledd er det forbudt å omgå tekniske beskyttelsessystemer. Etter bestemmelsens andre ledd er forskjellige former for distribusjon, produksjon og annen befatning med omgåelsesverktøy forbudt. Denne oppgavens problemstilling gjelder rettighetshavers vern mot sluttbrukeres omgåelse. Dermed vil produksjon m.v. av omgåelsesverktøy i utgangspunktet falle utenfor denne oppgavens problemstilling. Imidlertid vil de færreste sluttbrukere ha den nødvendige tekniske kyndighet for å kunne omgå beskyttelsessystemer på egenhånd.¹⁵ I hvilken grad rettighetshavere kan avskjære sluttbrukeres tilgang til omgåelsesverktøy i medhold av åvl. § 53a andre ledd vil derfor være relevant for denne oppgavens problemstilling. Denne bestemmelsen vil derfor behandles.

I tillegg vil unntaket for privat brukers verkstilegnelse etter åvl. § 53a tredje ledd behandles. Bestemmelsen gjør etter sin ordlyd unntak fra omgåelsesforbudet for sluttbrukere, og vil dermed være relevant for denne oppgavens problemstilling.

¹² Westman (2003) s. 564.

¹³ Rieber-Mohn (2010) s. 26.

¹⁴ Rognstad (2009) s. 379.

¹⁵ Rognstad (2009) s. 382.

På den andre siden vil unntakene i åvl. § 53a fjerde ledd og åvl. § 53b ikke behandles. Disse bestemmelsene gjør unntak fra omgåelsesforbudet for å ivareta mer generelle samfunnsmessige hensyn, og gjelder ikke forbruker/sluttbruker-hensyn spesielt. Unntaket for forskning i kryptologi etter åvl. § 53a tredje ledd første punktum vil heller ikke behandles, nettopp fordi dette gjelder et særskilt tilfelle som faller utenfor alminnelig bruk av åndsverk og arbeider.

Avslutningsvis bør det nevnes at tekniske beskyttelsessystemer blir delvis vernet av flere av bestemmelsene i straffeloven kapittel 21 om vern av informasjon og informasjonsutveksling.¹⁶ Disse bestemmelsene vil ikke behandles i denne oppgaven.

1.3 Metode

Som nevnt over, gjennomfører åvl. § 53a opphavsrettsdirektivet art. 6.¹⁷ Verken EØS-direktiver eller forordninger vil ha direkte virkning i norsk rett.¹⁸ Dette følger av EØS-avtalen art. 7 som slår fast at alle rettsakter må gjennomføres nasjonalt for å være bindende internrettlig.¹⁹ Det følger imidlertid av presumsjonsprinsippet at norske bestemmelser ”så vidt mulig” skal tolkes slik at de samsvarer med Norges folkerettslige forpliktelser.²⁰ Opphavsrettsdirektivet vil dermed i utgangspunktet være en tungtveiende rettskildefaktor ved tolkningen av åvl. § 53a.

Presumsjonsprinsippet begrunnelse er at det har formodning mot seg at lovgiver har ment å vedta bestemmelser i strid med folkerettslige forpliktelser.²¹ Denne formodningen vil imidlertid som hovedregel ikke kunne legges til grunn der lovgiver bevisst har fraveket de folkerettslige krav.²²

Sentralt for denne oppgave er imidlertid de tilfeller der lovgiver har ønsket å gjennomføre de folkerettslige forpliktelsene korrekt, men der de enkelte nasjonale rettskildefaktorene taler for en motstridende løsning som følge av lovgivers misforståelse av de folkerettslige krav.²³

¹⁶ Straffeloven av 20. mai nr. 28 (heretter strl. 2005). Rieber-Mohn (2006) s. 326 note 31.

¹⁷ Ot.prp. nr. 46 (2004-2005) s. 5 og 118. Åndsverkloven § 53a ble vedtatt ved lovendring av lov av 17.06.2005 nr. 97. Bestemmelsen gjennomfører primært opphavsrettsdirektivet art. 6(1) – 6(3).

¹⁸ Sejersted (2004) s. 195.

¹⁹ Sejersted (2004) s. 195.

²⁰ Arnesen (2009) s. 59, Rt. 2000 s. 1811 (Finanger 1), på s. 1826.

²¹ Arnesen (2009) s. 62.

²² Sejersted (2004) s. 244, Arnesen (2009) s. 98.

²³ Arnesen (2009) s. 98-99

I slike tilfeller er motstriden med andre ord ubevisst, og spørsmålet er hvilken gjennomslagskraft presumsjonsprinsippet skal ha i dette tilfellet.²⁴ Rt. 2000 s. 1811 (Finanger 1) gjaldt nettopp en slik situasjon. Det ble i denne sammenheng uttalt at:

*”Den norske rettsregel vil yte liten motstand hvis det er tale om konflikt med en folkerettslig forpliktelse som gir borgerne beskyttelse mot inngrep fra det offentlige, mens motstanden vil være større der en slik forpliktelse griper inn i private rettsforhold.”*²⁵

Åndsverkloven § 53a regulerer forholdet mellom private parter. I denne oppgaven vil presumsjonsprinsippet derfor i samsvar med Rt. 2000 s. 1811 anvendes som et tolkningsprinsipp, og ikke som en kollisjonsnorm.²⁶ I hvilken grad det kan legges avgjørende vekt på direktivteksten fremfor norske rettskilder vil dermed bero på en helhetsvurdering der hensynet til innrettelse og forutberegnelighet står sentralt.²⁷ Dette innebærer at det ikke kan legges avgjørende vekt på opphavsrettsdirektivet der lovens ordlyd ikke åpner for en direktivkonform løsning.²⁸ Tilsvarende gjelder der den norske bestemmelsen vil bli innholdsløs.²⁹ På den andre side vil betenkelighetene med å legge avgjørende vekt på direktivteksten ikke være store der motstriden stammer fra uttalelser i forarbeidene som fremstår som rene antagelser om hvordan direktivet skal forstås.³⁰ I de tilfellene slike uttalelser ikke inneholder noen reservasjoner er saken mer tvilsom.³¹ I teorien har det blitt fremholdt at det også i disse tilfeller må foretas en konkret helhetsvurdering der hensynet til innrettelse og forutberegnelighet vil være avgjørende.³²

Arnesen og Stenvik fremholder at ved anvendelse av presumsjonsprinsippet er mest hensiktsmessig å først gjøre rede for hvilke krav folkeretten stiller til innholdet i de norske bestemmelser.³³ På denne måten vil folkeretten ha betydning for hvilke slutninger man trekker fra de nasjonale rettskildefaktorer og samordningen av disse.³⁴ I denne oppgaven vil denne fremgangsmåten benyttes der det er berettiget tvil om de enkelte vilkår i åvl. § 53a samsvarer med opphavsrettsdirektivet art. 6.

²⁴ Arnesen (2009) s. 98-99.

²⁵ Rt. 2000 s. 1811, på s. 1826.

²⁶ Rt. 2000 s. 1811, på s. 1830-1831, Arnesen (2009) s. 59-60.

²⁷ Arnesen (2009) s. 112.

²⁸ Arnesen (2009) s. 96, Rt. 2000 s. 1811, på s. 1831.

²⁹ Arnesen (2009) s. 98, Sejersted (2004) s. 244.

³⁰ Sejersted (2004) s. 193.

³¹ Rieber-Mohn (2010) s. 39, Arnesen (2009) s. 102-103.

³² Arnesen (2009) s. 103, s. 112.

³³ Arnesen (2009) s. 66.

³⁴ Arnesen (2009) s. 67.

Det foreligger ingen norske rettsavgjørelser som omhandler åvl. § 53a, og kun én veiledende avgjørelse fra EU-domstolen som gjelder fortolkningen av opphavsrettsdirektivet art. 6.³⁵ Mye av den juridiske teorien vedrørende opphavsrettsdirektivet art. 6 og åvl. § 53a er eldre enn denne EU-dommen. På bakgrunn av dette, men også fordi dommen gjelder forståelsen av mange av de sentrale vilkårene etter opphavsrettsdirektivet art. 6, vil denne dommen behandles grundig i denne oppgaven.

Avslutningsvis er det verdt å bemerke at opphavsrettsdirektivet art. 6 gjennomfører WCT art. 11 og WPPT art. 18.³⁶ Disse traktatene oppstiller imidlertid kun en minimumsstandard for det rettslige vern av tekniske beskyttelsessystemer.³⁷ Siden opphavsrettsdirektivet på de fleste punkter gir et mer vidtgående vern mot omgåelse enn WCT og WPPT, vil disse traktatene ikke behandles i denne oppgaven.³⁸

1.4 Fremstillingen videre

Før de relevante deler av åvl. § 53a behandles, vil det være nødvendig å gjøre rede for hva et teknisk beskyttelsessystem faktisk sett er og hvordan de blir anvendt. I det følgende følger en redegjørelse av dette. Det vil i tillegg gjøres rede for terminologi innenfor oppgavens tema.

³⁵ Sak C-355/12 Nintendo, Nintendo of America and Nintendo of Europe v. PC Box and 9Net (heretter Nintendo v. PC Box).

³⁶ Rieber-Mohn (2010) s. 203.

³⁷ Rieber-Mohn (2010) s. 203.

³⁸ Rieber-Mohn (2010) s. 203.

2 Terminologi, teknologi og bruksområde

2.1 Teknisk beskyttelsessystem og DRM

2.1.1 Definisjoner og terminologi

Med tekniske beskyttelsessystemer menes enhver teknologi som anvendes for å regulere adgang til, og bruk av informasjon.³⁹ Informasjon brukes i denne sammenheng i ordets vide betydning, og omfatter for eksempel bøker, filmer og musikk.⁴⁰ Med ordet regulere, siktes det til faktisk regulering av adgang og bruk.⁴¹ Bruk vil i denne sammenheng særlig utgjøre kopiering. Med adgang siktes det til hvem som skal få adgang til verk, og på hvilke vilkår.⁴² Vilkår som stilles til adgang vil særlig være hvilket avspillingsutstyr som kan benyttes.⁴³ Men ved omsetning og distribusjon av verk over nett vil det vanligvis også stilles krav om at sluttbruker yter vederlag for å få adgang til verket.

Denne definisjonen omfatter også analoge beskyttelsessystemer som er anvendt på fysisk innhold. Innen forlagsvirksomheten ble det for eksempel eksperimentert med bruk av et spesielt rosa papir som førte til at kopier ble uleselige.⁴⁴

Denne oppgaven vil imidlertid fokusere på tekniske beskyttelsessystemer som regulerer adgang til og bruk av digitalt innhold.⁴⁵ Riktignok er analog informasjon, som for eksempel bøker, fortsatt veldig praktisk. Men som eksempelet i forrige avsnitt viser, vil de fleste tekniske beskyttelsessystemer anvendes i et digitalt miljø. Rosa papir vil ikke være nødvendig enn så lenge en privat bruker heller kjøper boken fremfor tidkrevende kopiering som ofte resulterer i kopier med dårligere kvalitet enn originalen. Det er først og fremst i digitale miljøer rettighetshaver er avhengig av tekniske beskyttelsessystemer for å verne sine interesser.

DRM eller Digital Rights Management er systemer som rettighetshavere anvender for å kontrollere og administrere informasjon.⁴⁶ De består som regel av en rekke tekniske komponenter som skal regulere adgang til og bruk av informasjon, gi rettighetshaver mulighet til å spore og overvåke bruk, samt muliggjøre avtaleinngåelse mellom rettighetshaver og bruker.⁴⁷

³⁹ Westman (2003) s. 560, Rieber-Mohn (2010) s. 27.

⁴⁰ Westman (2006) s. 560.

⁴¹ Rieber-Mohn (2010) s. 27.

⁴² Westman (2006) s. 565.

⁴³ Westman (2006) s. 565.

⁴⁴ Still (2007) s. 86.

⁴⁵ Rieber-Mohn (2010) s. 27, Westman s. 561 og Agnew (2008) s. 1.

⁴⁶ Still (2007) s. 2.

⁴⁷ Still (2007) s. 87.

DRM-systemer vil blant annet bestå av både tekniske beskyttelsessystemer og systemer for elektronisk rettighetsinformasjon. Det er derfor ikke uvanlig å bruke DRM som en samlebetegnelse for begge disse systemene.⁴⁸

Som nevnt over, vil denne oppgavens problemstilling relatere seg til det rettslige vern for tekniske beskyttelsessystemer etter åvl. § 53a. Dette innebærer imidlertid ikke at det i denne oppgaven vil ses bort fra DRM-systemer. Stadig flere rettighetshavere anvender disse mer omfattende systemene for regulering og administrering av digitalt innhold. Men det vil kun være beskyttelses-/reguleringsaspektet som er relevant for oppgavens problemstilling.⁴⁹ Begnelsen tekniske beskyttelsessystemer vil derfor benyttes i denne oppgaven for å markere at de mekanismer i DRM-systemer som utgjør tekniske beskyttelsessystemer vil behandles i tillegg til rene tekniske beskyttelsessystemer.⁵⁰

2.1.2 Teknologi og konsepter

Som nevnt over, har den digitale tidsalder gjorde det enkelt for brukere å fremstille perfekte kopier og gjøre de tilgjengelig for allmennheten i stort omfang. Tekniske beskyttelsessystemene ble derfor utviklet og anvendt for å motvirke denne trusselen mot rettighetshavers interesser.⁵¹ De fleste tekniske beskyttelsessystemene anvendt for dette formål har forskjellige krypteringsmekanismer som sin sentrale bestanddel.⁵² Kryptering er i denne sammenheng en funksjon som utnytter det faktum at informasjon som er lagret digitalt kan omformes gjennom komplekse algoritmer.⁵³ Krypteringen gjør at det digitale innholdet ikke kan avleses med mindre avspillingsenheten eller i noen tilfeller brukeren er utstyrt med en avspillingsnøkkel.⁵⁴

Kryptering blir blant annet anvendt for å beskytte innholdet på DVD-er (Digital Versatile Disc).⁵⁵ Krypteringssystemet som blir anvendt kalles CSS (Content Scramble System). Disse gjør DVD-ene uleselige med mindre DVD-spillere er utstyrt med de riktige avspillingsnøklene.⁵⁶ For at produsenter av DVD-spillere eller –programvarer skal få disse er de avhengig av å inngå lisensavtale med organisasjonen som forvalter patentet som ligger til grunn for CSS.⁵⁷

⁴⁸ Se blant annet Still (2007) s. 2, s. 87 og 97, Mazziotti (2008) s. 5.

⁴⁹ I tilsvarende retning, Rieber-Mohn (2010) s. 28.

⁵⁰ I tilsvarende retning, Rieber-Mohn (2010) s.28.

⁵¹ Still (2007) s. 87.

⁵² Se blant annet Westman (2003) s. 562.

⁵³ Gillespie (2007) s. 51.

⁵⁴ Agnew (2008) s. 299 og Westman (2003) s. 562.

⁵⁵ Westman (2003) s. 562.

⁵⁶ Westman (2003) s. 562.

⁵⁷ Westman (2003) s. 562.

Slik eksempelet viser vil krypteringen for det første fungere som en adgangssperre. Det vil kun være brukere med autoriserte avspillere som vil kunne spille av innholdet. Krypteringen vil imidlertid også fungere som en kopisperre. Ved å gjøre avspillingsnøkler betinget av inngåelse av lisensavtale, kan rettighetshavere stille vilkår for å oppnå lisensen.⁵⁸ For CSS stilles det blant annet krav om at DVD-spillere ikke skal ha noen kopieringsfunksjoner.⁵⁹ Det stilles med andre ord krav om at avspilling kun kan skje i en ”sikker omgivelse”, noe som hindrer bruker fra å kopiere innholdet.⁶⁰ Slike beskyttelsessystemer kalles derfor kombinerte sperrer, fordi de både består av adgangssperrer og kopisperrer.⁶¹

Et lignende konsept blir brukt i mer moderne beskyttelsessystem, der avspillingsutstyret er digitalt. Her er det imidlertid selve avspillingsprogrammet som må regulere brukers anvendelse av innholdet. Dette ble muliggjort gjennom utviklingen av Trusted Systems (TS).⁶² I et Trusted System er programvaren programmert til å følge et sett med instruksjoner om tillatt bruk fastsatt av produsent eller rettighetshaver.⁶³ Disse instruksene korresponderer med brukers rettigheter (”usage rights”).⁶⁴ På denne måten kan rettighetshaver fastsette brukers adgang og muligheter til å kopiere, videresende, låne eller redigere innholdet.⁶⁵

Trusted Systems er på samme måte som DVD-spillere avhengig av krypteringsmekanismer for å skape en ”sikker omgivelse” for avspillingen av verk. Disse krypteringsmekanismen kalles digitale signaturer, digital identifisering, eller digitale vouchers/”håndhilsninger” og gjør at brukere og digitalt innhold identifiseres og kobles opp på et særskilt avspillingsprogram, samtidig som uvedkommende avspillingsprogram blir hindret adgang.⁶⁶ Gjennom Trusted Systems kan rettighetshavere tilby digitalt innhold på det åpne nett samtidig som risikoen for uautorisert eksemplarframstilling og tilgjengeliggjøring minskes betraktelig.

Det er viktig å bemerke at de forskjellige krypteringsmekanismene kan anvendes uten andre beskyttelsestiltak. I slike tilfeller vil de kun hindre at sluttbrukere får adgang til verk, uten at sluttbrukers mulighet for kopiering blir begrenset. Slike sperrer kalles derfor rene adgangssperrer.⁶⁷

⁵⁸ Westman (2003) s. 562.

⁵⁹ Westman (2003) s. 562.

⁶⁰ Westman (2003) s. 562.

⁶¹ Se Rognstad (2009) s. 381, Rieber-Mohn (2006) s. 323.

⁶² Gillespie (2007) s. 52.

⁶³ Gillespie (2007) s. 52.

⁶⁴ Mazziotti (2008) s. 314.

⁶⁵ Mazziotti (2008) s. 314.

⁶⁶ Still (2007) s. 95, Westman (2003) s. 563.

⁶⁷ Rognstad (2009) s. 381

Slike beskyttelsestiltak vil vanligvis anvendes der rettighetshavers økonomiske interesser er knyttet til selve adgangen til verket og ikke den etterfølgende bruk. Disse beskyttelsessystemene anvendes blant annet av nettaviser for å skape ”betalingsmurer” til innholdet. Som nevnt over, vil imidlertid de aller fleste beskyttelsessystemer være utformet etter konseptet ”sikker omgivelse”. Ulempen med disse beskyttelsessystemene er at begrenser sluttbrukers valg av avspillingsutstyr og – programmer.⁶⁸ For sluttbrukere vil det ofte oppleves som urimelig at lovlig anskaffede verk ikke kan avspilles på det tiltenkte utstyret.

3 Åndsverkloven § 53a første ledd – omgåelsesvernet

3.1 Innledning

Hovedregelen etter åvl. § 53a følger av bestemmelsens første ledd. Etter denne er det:

” ... forbudt å omgå effektive tekniske beskyttelsessystemer som rettighetshaver eller den han har gitt samtykke benytter for å kontrollere eksemplarframstilling eller tilgjengeliggjøring for allmennheten av et vernet verk (min understreking). ”

Bestemmelsen fastsetter med andre ord et omgåelsesforbud dersom objektet for beskyttelsen er eksemplarframstilling eller tilgjengeliggjøring for allmennheten.⁶⁹ Objektet for beskyttelse etter åndsverkloven blir etter forarbeidene betegnet som et krav om at beskyttelsessystemer må kontrollere ”opphavsrettslig relevante handlinger”.⁷⁰

Legaldefinisjonen av ”technological measures”, som inneholder en passasje som påstås å hjemle det norske kravet til opphavsrettslig relevans, er det som forvolder mest tolkningstvil. Samtidig skiller ordlyden i kravet til opphavsrettslig relevans seg vesentlig fra den i opphavsrettsdirektivet. Mens åvl. § 53a første ledd stipulerer at det tekniske beskyttelsessystemet må være benyttet for å ”kontrollere eksemplarframstilling eller tilgjengeliggjøring for allmennheten”, følger det av art. 6(3) første punktum at beskyttelsessystemet må være ”... designed to prevent or restrict acts [...] *which are not authorised* (min utheving) by the rightholder of any copyright or any right related to copyright...”. Forskjellen i ordlyd skaper berettiget tvil om vilkåret er gjennomført riktig i åndsverkloven.⁷¹

⁶⁸ Westman (2003) s. 563.

⁶⁹ Rieber-Mohn (2006) s. 322. Går i teorien også under betegnelsen ”kravet til opphavsrettslig relevans”, jf. Rieber-Mohn (2006) s. 322.

⁷⁰ Ot.prp. nr. 46 (2004-2005) s. 113 og s. 116. Går i teorien også under betegnelsen ”kravet til opphavsrettslig relevans”, jf. Rieber-Mohn (2006) s. 322.

⁷¹ Lovgiver forståelse av opphavsrettsdirektivet og valg av ordlyd har også blitt kritisert i teorien, jf. Rognstad (2009) s. 381, Rieber-Mohn (2006) s. 324-326.

Dersom det på bakgrunn av dette foreligger motstrid, vil det eventuelt være presumpsjonsprinsippet som vil anvendes for å bortfortolke motstriden. Som nevnt i kapittel 1.3 vil det i slikt tilfelle først være nødvendig å klarlegge innholdet i det tilsvarende vilkår etter opphavsrettsdirektivet art. 6(3).⁷² Ved tolkningen av kravet til opphavsrettslig relevans vil derfor direktivets art. 6(3) første punktum først klarlegges.

De resterende vilkår er gjennomført mer eller mindre ordrett, og uttalelsene i lovforarbeidene vedrørende forståelsen av disse fremstår primært som antagelser av hvordan tilsvarende vilkår etter opphavsrettsdirektivet skal forstås. For disse vilkår vil det den overnevnte fremgangsmåten derfor ikke være nødvendig. I det følgende vil de resterende vilkår først behandles. Opphavsrettsdirektivet art. 6(3) første punktum og hva som nærmere ligger i kravet til opphavsrettslig relevans vil behandles til slutt.

3.2 Omgåelse

Som nevnt over fastsetter åvl. § 53a første ledd et omgåelsesvern for tekniske beskyttelsessystemer. Hva som utgjør en omgåelse i henhold til åvl. § 53a første ledd følger imidlertid verken av loven, lovforarbeidene eller opphavsrettsdirektivet. Rognstad fremholder at omgåelse er "... enhver handling som har som følge at den effektive beskyttelse ikke lenger virker som en beskyttelse".⁷³ Videre uttaler han at omgåelse kan sammenlignes med å bryte en lås.⁷⁴

En mer konkretisert definisjon på omgåelse fremgår av den amerikanske åndsverkloven; the Digital Millennium Copyright Act (DMCA) § 1201.⁷⁵ Bestemmelsen fastsetter på samme måte som etter åvl. § 53a et forbud mot omgåelse av tekniske beskyttelsessystemer. Omgåelse blir i DMCA definert som:

"... to descramble a scrambled work, to decrypt an encrypted work, or otherwise to avoid, bypass, remove, deactivate, or impair a technological measure, without the authority of the copyright owner."

Denne legaldefinisjonen samsvarer i stor grad med Rognstads uttalelser. Det følger videre av åvl. § 54 første ledd bokstav b at kun uaktsom eller forsettlig omgåelse er sanksjonert.⁷⁶

⁷² Arnesen (2009) s. 66.

⁷³ Rognstad (2009) s. 380.

⁷⁴ Rognstad (2009) s. 380.

⁷⁵ 17 U.S.C § 1201

⁷⁶ Tilsvarende Rieber-Mohn (2010) s. 232.

3.3 Effektive tekniske beskyttelsessystemer

3.3.1 Innledning

Som nevnt over, er det første vilkåret for at beskyttelsessystem skal nyte vern, at det utgjør et effektivt teknisk beskyttelsessystem i lovens forstand.

Åndsverkloven § 53a inneholder ingen legaldefinisjon av kriteriet tekniske beskyttelsessystemer, eller når det skal bli ansett som effektivt. I stedet vises det i forarbeidene til legaldefinisjonene i opphavsrettsdirektivet art. 6(3).⁷⁷ Det følger av denne at det med uttrykket ”technological measures” skal forstås ”any technology, device or component that, in the normal course of its operation, is designed to prevent or restrict acts, in respect of works or other subject matter...”. Videre slår art. 6(3) fast at et teknisk beskyttelsessystem skal bli ansett som effektivt:

”...where the use of a protected work or other subject matter is controlled by the rightholders through application of an access control or protection process, such as encryption, scrambling or other transformation of the work or other subject matter or a copy control mechanism, which achieves the protection objective (min understreking)”.

Legaldefinisjonene av disse to vilkårene har et delvis overlappende meningsinnhold. Det har derfor blitt fremholdt i litteraturen at definisjonene gir mest mening dersom de leses i sammenheng.⁷⁸ Det er likevel to underliggende problemstillinger som melder seg. Det første er om kriteriet ”tekniske beskyttelsessystemer”, begrenser rettighetshavers valg ved den tekniske utformingen av beskyttelsessystemer. Den andre problemstillingen relaterer seg til kravet om at det tekniske beskyttelsessystemet må være effektivt. Problemstillingen er her hva som nærmere ligger i kravet til effektivitet.

3.3.2 Tekniske krav til utformingen av beskyttelsessystemet

En alminnelige forståelse av art. 6(3) tilsier at uttrykket ”technological measures” skal forstås vidt. Den omfatter etter ordlyden (i den norske oversettelsen) ”... enhver teknologi, innretning eller komponent som ved normal bruk er beregnet på å hindre eller avgrense [nærmere fastsatte] handlinger...”.⁷⁹

⁷⁷ Ot.prp. nr. 46 (2004-2005) s. 115.

⁷⁸ Rieber-Mohn (2010) s. 214.

⁷⁹ Opphavsrettsdirektivet art. 6(3).

Uttrykkene innretning og komponent, i tillegg til teknologi tilsier at kriteriet er teknologinøytralt.⁸⁰ Dette innebærer at det er irrelevant om beskyttelsessystemet er utformet som en programvare eller en maskinvare.

Nærmere veiledning finnes i definisjonen av effektivitetskriteriet, som nevner forskjellige typer tekniske beskyttelsestiltak. Etter denne omfattes adgangskontroll eller beskyttelsesmekanismer som kryptering, koding og annen type omgjøring av verket, i tillegg til kopikontrollmekanismer.⁸¹ Holdt opp mot beskrivelsen av de vanlige tekniske beskyttelsessystemene i kapittel 2 ser en at samtlige omfattes, ikke minst fordi tekniske beskyttelsessystemer grovt sett kan inndeles i to former, nemlig adgangssperrer og kopisperrer. Videre er kryptering uttrykkelig nevnt. Som nevnt i kapittel 2 vil de fleste tekniske beskyttelsessystemer ha krypteringsmekanismer som en sentral bestanddel.

Som nevnt i kapittel 2, vil et kjennetegn ved moderne tekniske beskyttelsestiltak være at flere beskyttelsesmekanismer implementeres i samme beskyttelsessystem. I og med at enkelte beskyttelsestiltak omfattes av definisjonen i art. 6.3, tilsier dette at også systemer med flere beskyttelsestiltak er omfattet.

I forarbeidene legges det også til grunn at kriteriet tekniske beskyttelsessystemer skal forstås vidt. Det uttales i denne sammenheng at direktivets legaldefinisjon av tekniske beskyttelsessystemer ikke vil innskrenke rettighetshavers valg av beskyttelsessystemets utforming i nevneverdig grad.⁸² Videre antas det at opphavsrettsdirektivet ikke stiller krav til at beskyttelsessystemet utelukkende må være tilknyttet verkseksemplaret.⁸³

At slike beskyttelsessystemer faller inn under definisjonen tekniske beskyttelsessystemer ble bekreftet av EU-domstolen i sak Sak C-355/12 (Nintendo v. PC Box).⁸⁴ Spørsmålene som ble forelagt EU-domstolen, hadde sin bakgrunn i en rettstvist mellom Nintendo-konsernet, som produserer spillkonsoller og TV-spill, og PC Box.⁸⁵ PC Box markedsførte Nintendo-konsoller med installerte dekodeinnretninger som omgikk konsollens tekniske beskyttelsessystemer (såkalte ”mod-chips”).⁸⁶

⁸⁰ Tilsvarende oppfatning i Rognstad (2009) s. 378-379, jf. også Ot.prp. nr. 46 (2004-2005) s. 119 som viser at analoge kopisperrer kan utgjøre tekniske beskyttelsessystemer.

⁸¹ Opphavsrettsdirektivet art. 6.3.

⁸² Ot.prp. nr. 46 (2004-2005) s. 115.

⁸³ Ot.prp. nr. 46 (2004-2005) s. 115.

⁸⁴ Sak C-355/12 Nintendo, Nintendo of America and Nintendo of Europe v. PC Box and 9Net (Heretter Nintendo v. PC Box) avsnitt 28.

⁸⁵ Sak C-355/12 Nintendo, Nintendo of America and Nintendo of Europe v. PC Box and 9Net s. 4-5.

⁸⁶ Sak C-355/12 Nintendo, Nintendo of America and Nintendo of Europe v. PC Box and 9Net s. 5

Nintendos beskyttelsessystem fungerte ved at TV-spillene ble utstyrt med en krypteringsmekanisme, mens avspillingsenheten (konsollen) ble utstyrt med en dekrypteringsnøkkel.⁸⁷ EU-domstolen ble derfor blant annet forelagt spørsmålet om vernet av tekniske beskyttelsessystemer i opphavsrettsdirektivet art. 6 kun gjaldt for beskyttelsessystemer knyttet til selve verkseksemplaret, eller om beskyttelsessystem inkorporert i avspillingsenheten også hadde vern.⁸⁸ EU-domstolen uttalte i denne sammenheng at også sistnevnte beskyttelsessystemer omfattes av ordlyden.⁸⁹ Det ble i denne forbindelse særlig lagt vekt på at uttrykket effektive tekniske beskyttelsestiltak var definert vidt i opphavsrettsdirektivet art. 6(3).⁹⁰ Det ble videre lagt vekt på at en slik forståelse var i samsvar med et direktivets formål; nemlig å innføre et sterkt rettslig vern for rettighetshavere.⁹¹

Samlet sett viser dette at kriteriet ”tekniske beskyttelsessystemer” i liten grad begrenser rettighetshavers valg av den tekniske utformingen av beskyttelsessystemene. Relatert til denne oppgavens problemstilling vil kriteriet dermed ikke begrense det rettslige vern mot omgåelse av tekniske beskyttelsessystemer.

3.3.3 Effektivitetskravet

Heller ikke hva som ligger i at tekniske beskyttelsessystemer skal være effektive er definert i åndsverkloven. Men også i denne sammenheng vises det i forarbeidene til legaldefinisjonen i opphavsrettsdirektivet 6.3 annet punktum.⁹² Etter denne må de implementerte beskyttelsessystemene som beskrevet over ”nå sitt beskyttelsesformål”.⁹³ Hva som ligger i dette er usikkert. I odelstingsproposisjonen uttales det at det ikke kreves at ”... formålet effektivt oppfylles i faktisk henseende, selv om beskyttelsen nok i viss utstrekning også må bidra til selve oppfyllelsen av beskyttelsesformålet”.⁹⁴ Jeg forstår dette slik at kravet til effektivitet ikke innebærer at beskyttelsessystemet må være umulig å omgå, men at det må oppfylle en viss nedre effektivitetstærskel.⁹⁵

⁸⁷ Sak C-355/12 Nintendo, Nintendo of America and Nintendo of Europe v. PC Box and 9Net avsnitt 10.

⁸⁸ Sak C-355/12 Nintendo, Nintendo of America and Nintendo of Europe v. PC Box and 9Net avsnitt 19.

⁸⁹ Sak C-355/12 Nintendo, Nintendo of America and Nintendo of Europe v. PC Box and 9Net avsnitt 26-28.

⁹⁰ Sak C-355/12 Nintendo, Nintendo of America and Nintendo of Europe v. PC Box and 9Net avsnitt 27.

⁹¹ Sak C-355/12 Nintendo, Nintendo of America and Nintendo of Europe v. PC Box and 9Net avsnitt 27.

⁹² Ot.prp. nr. 46 (2004-2005) s. 115.

⁹³ Ot.prp. nr. 46 (2004-2005) s. 115. Ordlyden etter direktivets art. 6.3 er ”which achieves the protection objective”.

⁹⁴ Ot.prp. nr. 46 (2004-2005) s. 155.

⁹⁵ Tilsvarende Rognstad (2009) s. 380.

Det uttales videre at beskyttelsessystemer som omgås ved tuststrøk på en CD, eller ved å holde inne en tast på tastaturet på en datamaskin, ikke vil oppfylle kravet til effektivitet.⁹⁶ I stortingskomiteens innstilling legges det derimot til grunn at beskyttelsessystemer som brukere ”uten formell eller yrkesmessig spesiell kompetanse/tilknytning kan omgå”, ikke vil oppfylle kravet til effektivitet.⁹⁷ Sistnevnte uttalelse synes å legge til grunn en høyere terskel for effektivitet enn den i odelstingsproposisjonen.⁹⁸ Uttalelsene er imidlertid kun lovgivers tolkning av effektivitetskravet etter opphavsrettsdirektivet, og vil dermed ikke ha særlig rettskildemessig vekt.⁹⁹

I litteraturen er det på samme måte som i forarbeidene lagt til grunn at effektivitetskravet ikke innebærer at det må være umulig å omgå beskyttelsessystemet.¹⁰⁰ Dersom dette hadde vært tilfellet, hadde det ikke vært behov for rettslig vern mot omgåelse.¹⁰¹ Gasser har samlet en del av de vanligste tolkningsforslagene av effektivitetskravet som har vært fremsatt i litteraturen.¹⁰² Riktignok gjelder disse tolkningen av WCT art. 11 og WPPT art. 18.¹⁰³ Disse bestemmelsene, som forplikter medlemsstatene å gi tekniske beskyttelsessystemer rettslig vern mot omgåelse, anvender imidlertid også kriteriene ”effective technological measures”. De nevnte tolkningsforslagene vil her kun anvendes som eksempler på hva kravet til effektivitet muligens innebærer, uten at de har noen selvstendig rettskildemessig vekt.

Det har i følge Gasser blant annet blitt foreslått at kravet innebærer at tekniske beskyttelsessystemer som enkelt kan omgås ikke tilfredsstiller kravet til effektivitet.¹⁰⁴ Tilsvarende gjelder for beskyttelsessystemer som blir omgått ved uhell, eller som ikke fungerer.¹⁰⁵ Det har også blitt foreslått at fungerende tekniske beskyttelsessystem som bruker kan få adgang til uten omgåelse, det vil si gjennom en ”bakdør”, ikke skal anses som effektive.¹⁰⁶

⁹⁶ Ot.prp. nr. 46 (2004-2005) s. 155.

⁹⁷ Innst.O. nr. 103 (2004-2005) s. 37.

⁹⁸ Tilsvarende Rieber-Mohn (2010) s. 230.

⁹⁹ Tilsvarende Rieber-Mohn (2010) s. 230.

¹⁰⁰ Dusollier (2003) s. 466 med videre henvisninger, og Gasser (2006) s. 45 med videre henvisninger.

¹⁰¹ Dusollier (2003) s. 466 med videre henvisninger.

¹⁰² Gasser (2006) s. 46 med videre henvisninger.

¹⁰³ Jf. tidligere omtale av disse bestemmelsene i kap. 1. Etter opphavsrettsdirektivets forale punkt 15 er et av formålene med direktivet å gjennomføre forpliktelsene i WIPO-traktatene. Traktatbestemmelsene etablerer imidlertid kun en minimumsstandard for rettslig vern av tekniske beskyttelsessystemer, jf. Gasser (2004) s. 6. Det er derfor ikke gitt at effektivitetskravet har samme meningsinnhold eller terskel som etter opphavsrettsdirektivet.

¹⁰⁴ Gasser (2006) s. 46 med videre henvisninger.

¹⁰⁵ Gasser (2006) s. 46 med videre henvisninger.

¹⁰⁶ Gasser (2006) s. 46 med videre henvisninger.

Til slutt har det blitt foreslått at rettighetshavere må ha lagt inn en viss innsats i utformingen av beskyttelsessystemet for at det skal nytte vern.¹⁰⁷

I Nintendo-dommen, som foreløpig er den eneste dommen som omhandler opphavsrettsdirektivet art. 6, ble det kun bekreftet at kravet til effektivitet ikke innebærer at den faktiske beskyttelsen må være absolutt.¹⁰⁸ Uttalelsen gir begrenset veiledning. Den taler imidlertid for at uttalelsen i odelstingsproposisjonen om at beskyttelsessystemet til en viss utstrekning må nå beskyttelsesformålet er riktig.¹⁰⁹ Det vil dermed antakelig være riktig å vurdere effektivitetskravet som en nedre beskyttelsesterskel. Hvor denne terskelen eksakt skal trekkes er imidlertid fortsatt uklart. EU-domstolens vegring mot å gi klarer retningslinjer kan også tale for at effektivitetskravet ikke vil bli definert eksakt, men at det vil gjøres en konkret vurdering fra sak til sak. I denne sammenheng vil tolkningsforslagene fremsatt i litteraturen gi en pekepinn på systemer som muligens ikke oppfyller kravet til effektivitet.

Ut i fra dette er konklusjonen at effektivitetskravet mest sannsynlig innebærer at beskyttelsessystemet til en viss utstrekning må nå sitt beskyttelsesformål, men at det samtidig er uklart hvor denne nedre terskelen går. Det vil imidlertid være nærliggende å anta at terskelen ikke er høy. Dette har sammenheng med at vilkåret i henhold til Nintendo-dommen skal tolkes i samsvar med opphavsrettsdirektivets fortale punkt 9.¹¹⁰ Etter denne skal rettighetshavere gis et sterk rettslig vern. Samtidig har teknologien bak beskyttelsessystemene blitt såpass sofistikerte at effektivitetskravet neppe vil utgjøre en særlig skranke for rettighetshavers vern. Dermed vil heller ikke effektivitetskravet innsnevre omgåelsesvernet i særlig grad.

Et eksempel på et teknisk beskyttelsessystem som neppe oppfyller kravet til effektivitet blir anvendt på aftenposten.no. Når en bruker leser artikler på aftenposten.no vil datakapsler (cookies) lagres i nettleseren.¹¹¹ Disse vil telle antall artikler brukeren har lest. Når brukeren har lest flere enn 8 artikler på én uke, vil aftenpostens beskyttelsessystem nekte adgang til flere artikler med mindre brukeren kjøper abonnement. En bruker vil imidlertid kunne slette disse datakapslene på nettleseren, eller bruke en privat nettlesningsfunksjon som de fleste nettlesere er utstyrt med. Denne funksjonen forhindrer nettsider fra å lagre datakapsler. På denne måten vil aftenpostens artikler på nett igjen bli tilgjengelig gjennom en ”bakdør” uten at systemet i realiteten er omgått. Denne ”omgåelsen” krever ingen teknisk kyndighet, og foretas gjennom et par tastetrykk.

¹⁰⁷ Gasser (2006) s. 46 med videre henvisninger.

¹⁰⁸ Sak C-355/12 Nintendo, Nintendo of America and Nintendo of Europe v. PC Box and 9Net avsnitt 33.

¹⁰⁹ Ot.prp. nr. 46 (2004-2005) s. 155.

¹¹⁰ Case C-355/12 Nintendo, Nintendo of America and Nintendo of Europe v. PC Box and 9Net avsnitt 27.

¹¹¹ Aftenposten (2015).

3.4 Verk og arbeider

Etter åvl. § 53a første ledd stilles det videre krav om at beskyttelsessystemet må være benyttet i tilknytning til ”verk”. Det følger i denne sammenheng av forarbeidene at det med verk menes vernede verk og arbeider.¹¹² Dette innebærer at vilkårene for vern må være oppfylt, og at vernetiden ikke må være utløpt.¹¹³ Dermed vil tekniske beskyttelsessystemer anvendt på digitalt innhold som ikke er opphavsrettslig vernet ikke omfattes av omgåelsesvernet.

Unntaket fra dette følger av bestemmelsens tredje ledd siste punktum. Etter denne omfattes ikke datamaskinprogrammer av åvl. § 53a. Vernet for tekniske beskyttelsessystemer anvendt på datamaskinprogrammer følger i stedet av åvl. § 53c. Bakgrunnen for dette skillet er at vernet for tekniske beskyttelsessystemer anvendt på datamaskinprogrammer følger av EP/Rdir/2009/24/EF (programvaredirektivet) art. 7.¹¹⁴ Det følger i denne sammenheng av opphavsrettsdirektivet art. 1(2), at direktivet ikke skal påvirke det rettslige vern av datamaskinprogrammer etter programvaredirektivet.

Samtidig oppstiller ikke åvl. § 53c et omgåelsesforbud.¹¹⁵ Etter denne bestemmelsen vil kun ”[o]msetning av, eller besittelse i ervervsøyemed av et hvilket som helst middel hvis eneste formål er å gjøre det lettere ulovlig å fjerne eller omgå tekniske innretninger til beskyttelse av et datamaskinprogram”. Vernet for tekniske beskyttelsessystemer anvendt på datamaskinprogrammer vil dermed være betydelig snevrere enn vernet etter åvl. § 53a. Skillet mellom hva som utgjør datamaskinprogrammer og åndsverk for øvrig vil derfor være av betydning for denne oppgavens problemstilling.

Hva som utgjør datamaskinprogrammer er imidlertid ikke legaldefinert i verken åndsverkloven eller programvaredirektivet.¹¹⁶ Rognstad fremholder i denne sammenheng at hva som utgjør datamaskinprogrammer i utgangspunktet er programmets kildekode eller objektkode.¹¹⁷ Problemet i denne sammenheng er at alt digitalt innhold vil være utformet gjennom objektkoder.¹¹⁸ Det springende punkt vil dermed være hvordan grensedragningen mellom datamaskiner og andre digitale verkstyper skal dras.

¹¹² Ot.prp. nr. 46 (2004-2005) s. 115.

¹¹³ Ot.prp. nr. 46 (2004-2005) s. 115.

¹¹⁴ EP/Rdir/2009/24/EF av 23. april 2009 om rettslig beskyttelse av dataprogrammer (heretter programvaredirektivet). Rognstad (2009) s. 388.

¹¹⁵ Rognstad (2009) s. 388.

¹¹⁶ Kur (2013) s. 252, Rognstad (2009) s. 387.

¹¹⁷ Rognstad (2009) s. 113.

¹¹⁸ Rieber-Mohn (2010) s. 21-23 med videre henvisninger.

I odelstingsproposisjonen blir det i denne sammenheng fremholdt at det avgjørende skal være om det digitale innholdet inneholder ”vesentlige elementer fra andre verkskategorier”.¹¹⁹ Som nevnt over, var verket i Nintendo v. PC Box et TV-spill.¹²⁰ EU-domstolen måtte derfor ta stilling til om TV-spill utgjorde et datamaskinprogram, eller om det utgjorde en annen verkskategorier.¹²¹ Det ble i denne sammenheng uttalt:

*”As is apparent from the order for reference, videogames, such as those at issue in the main proceedings, constitute complex matter comprising not only a computer program but also graphic and sound elements, which, although encrypted in computer language, have a unique creative value which cannot be reduced to that encryption. In so far as the parts of a videogame (min understreking), in this case, the graphic and sound elements, are part of its originality, they are protected, together with the entire work, by copyright in the context of the system established by Directive 2001/29.”*¹²²

Dette innebærer for det første at digitalt innhold som blir oppfattet som noe annet enn kun objektkoder, det vil si instruksjonene til en datamaskin, vil utgjøre en annen type åndsverk dersom de tilfredsstiller originalitetskravet.¹²³ Videre vil det digitale innholdet reguleres utelukkende av opphavsrettsdirektivet dersom kun en del av datamaskinprogrammet utgjør et slikt åndsverk. Denne grensedragningen skiller seg dermed fra den som er forutsatt i odelstingsproposisjonen. Uttalelsene i odelstingsproposisjonen fremstår imidlertid kun som tolkninger av opphavsrettsdirektivet, noe som tilsier at det burde legges avgjørende vekt på direktivteksten slik den er forstått av EU-domstolen.¹²⁴ Dette innebærer at langt de fleste digitale åndsverk vil være omfattet av åvl. § 53a.

¹¹⁹ Ot.prp. nr. 46 (2004-2005) s. 122.

¹²⁰ Sak C-355/12 Nintendo, Nintendo of America and Nintendo of Europe v. PC Box and 9Net.

¹²¹ Sak C-355/12 Nintendo, Nintendo of America and Nintendo of Europe v. PC Box and 9Net avsnitt 21-23.

¹²² Sak C-355/12 Nintendo, Nintendo of America and Nintendo of Europe v. PC Box and 9Net avsnitt 23.

¹²³ Nærmere om datamaskinprogrammer, se Rognstad (2009) s. 113 flg.

¹²⁴ Sejersted (2004) s. 193-194.

3.5 Objektet for beskyttelsen etter opphavsrettsdirektivet art. 6(3)

3.5.1 Innledning

Som nevnt over reiser kravet til opphavsrettslig relevans, slik det er formulert i åvl. § 53a første ledd, tvil om det samsvarer med opphavsrettsdirektivet art. 6(3) første punktum. Betegnelsen ”kravet til opphavsrettslig relevans” brukes ikke innenfor EU-/EØS-retten. I stedet spørres det om hva objektet for beskyttelsen må være.¹²⁵ For at åvl. § 53a skal være gjennomført riktig, må altså innholdet i disse begreper samsvare. Som nevnt over, vil det først gjøres rede for hva objektet for beskyttelsen er etter opphavsrettsdirektivet art. 6(3).

Hva objektet for beskyttelse må være etter opphavsrettsdirektivet art. 6(3) har blitt utførlig behandlet i den juridiske teorien.¹²⁶ Tolkningsforslagene er imidlertid fremsatt før Nintendo v. PC Box, som vil være en tyngre rettskildefaktor enn juridisk teori, og som det dermed må legges avgjørende vekt på.¹²⁷ Uttalelsene i Nintendo-dommen er imidlertid ikke entydige, og burde drøftes ut fra den kontekst tolkningsforslagene og direktivteksten utgjør. Det vil dermed gjøres rede for disse tolkningsforslagene før Nintendo-dommen behandles.

3.5.2 Objektet for beskyttelsen i henhold til direktivteksten og juridisk teori

Som nevnt over, forplikter opphavsrettsdirektivet art. 6(1) medlemsstatene til å gi et adekvat rettslig vern mot omgåelse av effektive tekniske beskyttelsessystemer. Både effektivitetskravet og hva som utgjør et teknisk beskyttelsessystem er legaldefinert i henholdsvis art. 6.3 første og andre punktum. Vilåret som svarer til kravet til opphavsrettslig relevans følger av art. 6(3) første punktum. Etter denne må et teknisk beskyttelsessystem:

”... prevent or restrict acts, in respect of works or other subjectmatter, which are not authorised (min understreking) by the rightholder of any copyright or any right related to copyright as provided for by law or the sui generis right provided for in Chapter III of Directive 96/9/EC.”

Det mest iøynefallende med art. 6(3) sammenholdt med WCT art. 11 er at formuleringen ”which are not authorized by the authors concerned or permitted by law (min utheving)” er sløyfet.¹²⁸

¹²⁵ Se Dusollier (2003) s. 465.

¹²⁶ Se løpende henvisninger nedenfor.

¹²⁷ Sak C-355/12 Nintendo, Nintendo of America and Nintendo of Europe v. PC Box and 9Net.

¹²⁸ Se blant annet Gasser (2006) s. 48, Rognstad (2009) s. 380.

Etter WCT art. 11 er med andre ord medlemsstater ikke forpliktet til å gi rettslig vern for beskyttelsessystemer som hindrer handlinger som er tillatt etter loven.¹²⁹ Ordlyden i opphavsrettsdirektivet art. 6(3) første punktum tilsier dermed at beskyttelsessystemet også er vernet selv om den hindrer handlinger som ikke er opphavskrenkende.¹³⁰ Med andre ord vil beskyttelsessystemet være vernet selv om det hindrer handlinger som er tillatt etter unntaksbestemmelsene opphavsrettsdirektivet art. 5. Denne tolkningen blir støttet opp av strukturen i art. 6. Etter denne må eventuelle unntak fra omgåelsesforbudet følge av art. 6(4), som igjen viser til særskilte deler av unntakene inntatt i art. 5. En slik struktur hadde vært meningsløs, dersom bruker uansett kunne ha omgått beskyttelsessystemer som hindrer handlinger som er tillatt etter art. 5.

Hva som nærmere ligger i at beskyttelsessystemet må hindre handlinger som ikke er tillatt av rettighetshaver utover det overnevnte har i litteraturen vært omdiskutert. I litteraturen er det hovedsakelig fremsatt to forskjellige tolkningsforslag.¹³¹ De fleste kommentatorer legger til grunn en vid tolkning av "acts (...) which are not authorised by the rightholder".¹³² Etter denne tolkningen legges det avgjørende vekt på ordet "authorised".¹³³ Med andre ord vil et beskyttelsessystem være vernet så lenge det hindrer handlinger som brukere ikke har tillatelse til å foreta. Slik Rieber-Mohn gjør rede for, handlinger som faller inn under rettighetshavers eneretter kreve rettighetshavers tillatelse.¹³⁴ Videre fremholder han og de fleste kommentatorer at handlinger i strid med avtale også krever rettighetshavers tillatelse.¹³⁵ At også avtaleregulert bruk omfattes av vernet, blir i tillegg til en alminnelig forståelse av direktivteksten, også støttet av at art. 6(3) ikke henviser til rettighetshavers eneretter. Dersom det hadde vært meningen at beskyttelsessystemer kun ble vernet dersom de hindret handlinger i strid med rettighetshavers eneretter, ville det vært logisk at en slik henvisningen var inntatt i ordlyden.¹³⁶

Som nevnt i kapittel 2, vil brukere som regel måtte godta standardavtaler som ledd i kjøp av digitalt innhold eller tjenester på nett når DRM-systemer anvendes.¹³⁷ Etter denne forståelsen vil altså beskyttelsessystemer anvendt for å håndheve disse avtalene være vernet av art. 6(1), jf. art. 6(3).

¹²⁹ Gasser (2006) s. 48, Rognstad (2009) s. 380.

¹³⁰ Rieber-Mohn (2010) s. 215, Mazziotti (2008) s. 71-73, Dusollier (2003) s. 465-466.

¹³¹ Se blant annet Rieber-Mohn (2010) s. 216, Westman (2003) s. 571.

¹³² Dusollier (2003) s. 465-466, Westman (2003) s. 571, Rieber-Mohn (2006) s. 325, Rieber-Mohn (2010) s. 217 med videre henvisninger.

¹³³ Dusollier (2003) s. 465.

¹³⁴ Rieber-Mohn (2010) s. 216.

¹³⁵ Rieber-Mohn (2010) s. 216, Rieber-Mohn (2006) s. 325, Dusollier (2003) s. 466, Westman (2003) s. 571.

¹³⁶ Westman (2003) s. 571.

¹³⁷ Rieber-Mohn (2010) s. 236.

I en tid der stadig flere mennesker kjøper verk over nett, vil dette innebære at bruk av slike verk primært vil reguleres av avtaler, og ikke åndsverklovene, som kun vil være relevante der beskyttelsessystemer ikke er anvendt. Dersom dette tolkningsforslaget fører frem vil det med andre ord ha store implikasjoner for hvordan bruk av åndsverk reguleres.

Det har i litteraturen samtidig vært holdt åpent for at sluttbruker kun trenger rettighetshavers tillatelse dersom hun foretar handlinger i strid med rettighetshavers eneretter.¹³⁸ Men på bakgrunn av direktivtekstens ordlyd, er dette et tolkningsforslag som de fleste kommentatorer har vært skeptiske til.¹³⁹ En særskilt problemstilling er likevel om sistnevnte tolkningsforslag i realiteten vil innsnevre omgåelsesvernet i særlig grad.

Rettighetshavers eneretter etter opphavsrettsdirektivet følger av art. 2, art. 3 og art. 4. Etter disse bestemmelsene har rettighetshaver henholdsvis en reproduksjonsrett (eksemplarframstillingsrett), en overføringsrett og en spredningsrett. Fordi eksemplarframstilling av verk alltid krever rettighetshavers tillatelse, jf. art. 2, vil dette innebære at kopisperrer alltid er vernet.¹⁴⁰ Adgangssperrer vil imidlertid ikke hindre at verk blir spredd til allmennheten, eller overført til allmennheten. De vil kun hindre enkelte brukere fra å få privat tilgang til verk, eller fra privat avspilling.¹⁴¹ Slike handlinger faller dermed utenfor rettighetshavers eneretter, og krever dermed i utgangspunktet ikke hennes tillatelse.

Imidlertid vil reproduksjonsretten etter art. 2 i tillegg til varig eksemplarframstilling også omfatte midlertidig eksemplarframstilling. Alle former for tilgang og avspilling av digitale verk vil innebære at det dannes midlertidige eksemplarer på et av minnene til avspillingsutstyret.¹⁴² Det klassiske eksempelet på dette er de midlertidige eksemplarene som dannes på en datamaskins arbeidsminne og cache-minne ved nettlæsning.¹⁴³ Men kriteriet er ikke kun forbeholdt midlertidig eksemplarframstilling på datamaskiner. I forenede saker C-403/08 og C-429/08 (Football Association Premier League), ble det blant annet uttalt at midlertidige eksemplarer som dannes på minnet til satellittdekodere og på tv-skjermer ved overføring av fotballkamper, også omfattes av rettighetshavers rett til å fremstille midlertidige eksemplarer etter opphavsrettsdirektivet art. 2.¹⁴⁴

¹³⁸ Rieber-Mohn (2010) s. 216, Westman (2003) s. 571.

¹³⁹ Rieber-Mohn (2010) s. 217 med videre henvisninger.

¹⁴⁰ Rieber-Mohn (2006) s. 323.

¹⁴¹ Tilsvarende vurdering for åvl. § 53a etter Ot.prp. nr. 46 (2004-2005) s. 116.

¹⁴² Westman (2003) s. 564, Rieber-Mohn (2010) s. 210.

¹⁴³ Rognstad (2009) s. 153

¹⁴⁴ Forenede saker C-403/08 and C-429/08 Football Association Premier League and Others v. QC Leisures and other and Karen Murphy v. Media Protection Services avsnitt 159.

Samlet sett vil dermed adgang til og avspilling av digitale verk prinsipielt være i strid med rettighetshavers rett til å fremstille midlertidig eksemplarer.¹⁴⁵ At slik midlertidig eksemplar-fremstilling i utgangspunktet er tillatt etter unntaksbestemmelsen i art. 5(1), er slik art. 6 har blitt forstått i den juridiske teori irrelevant for om beskyttelsessystemet omfattes av omgåelsesvernet, jf. over.¹⁴⁶ Følgen av dette er at også adgangssperrer vil omfattes av omgåelsesvernet dersom sistnevnte tolkningsforslag legges til grunn, nettopp fordi disse vil hindre at midlertidige eksemplarer dannes på avspillingsutstyret.¹⁴⁷ Sistnevnte tolkningsforslag vil dermed i realiteten ikke være særlig snevrere enn det tolkningsforslaget de fleste kommentatorer legger til grunn.

3.5.3 Objektet for beskyttelsen i henhold til sak C-355/12 Nintendo v. PC Box

3.5.3.1 Bakgrunn

Som nevnt, hadde spørsmålene som ble forelagt EU-domstolen bakgrunn i en rettstvist mellom Nintendo-konsernet mot PC Box og 9Net.¹⁴⁸ Nintendo-konsernet er en produsent av spillkonsoller og tilhørende videospill.¹⁴⁹ Nintendo beskytter disse spillene ved å anvende tekniske beskyttelsessystem implementert både på konsollene og spillene.¹⁵⁰ Beskyttelsessystemet fungerer på den måten at spillene er kryptert med en krypteringskode, mens konsollene inneholder en gjenkjennelsesmekanisme som identifiserer innholdet og avleser krypteringskoden.¹⁵¹ At TV-spillene er krypterte, innebærer at de ikke kan avleses av uautorisert avspillingsutstyr. Dermed hindrer krypteringsmekanismen at TV-spill avleses av avspillingsutstyr som gjør det mulig for sluttbrukere å kopiere spillene. Det eneste avspillingsutstyret som kan avspille TV-spillene er Nintendo-konsollene, og disse gir ikke sluttbrukere mulighet til å fremstille kopier. Som mange andre beskyttelsessystem, vil dermed Nintendos beskyttelsessystem være en kombinert sperre, jf. kapittel 2 over.

Sentralt for denne sak er at gjenkjennelses- og krypteringsmekanismen i tillegg forhindrer at spill og annen media som ikke inneholder krypteringskoden fra å bli avspilt av konsollen.¹⁵² Formålet med dette konkrete beskyttelsestiltaket er å forhindre at piratkopierte spill, som altså ikke vil inneholde krypteringskoden, fra å bli avspilt.¹⁵³

¹⁴⁵ Westman (2003) s. 566.

¹⁴⁶ Rieber-Mohn (2006) s. 327, Rognstad (2009) s. 381.

¹⁴⁷ Rognstad (2009) s. 381, Rieber-Mohn (2010) s. 210.

¹⁴⁸ Sak C-355/12 Nintendo, Nintendo of America and Nintendo of Europe v. PC Box and 9Net.

¹⁴⁹ Sak C-355/12 Nintendo, Nintendo of America and Nintendo of Europe v. PC Box and 9Net avsnitt 9.

¹⁵⁰ Sak C-355/12 Nintendo, Nintendo of America and Nintendo of Europe v. PC Box and 9Net avsnitt 10.

¹⁵¹ Sak C-355/12 Nintendo, Nintendo of America and Nintendo of Europe v. PC Box and 9Net avsnitt 10.

¹⁵² Sak C-355/12 Nintendo, Nintendo of America and Nintendo of Europe v. PC Box and 9Net avsnitt 10.

¹⁵³ Sak C-355/12 Nintendo, Nintendo of America and Nintendo of Europe v. PC Box and 9Net avsnitt 10.

Dette beskyttelsestiltaket har imidlertid også den virkning at lovlig anskaffede verk fra tilvirkere som ikke har inngått lisensavtale med Nintendo, ikke vil bli avspilt av Nintendo-konsollene.¹⁵⁴ Dette rammer særlig sluttbrukere som ønsker å spille selvstendig utviklede spill, såkalte "homebrews".¹⁵⁵ I tillegg innebærer det at annet lovlig anskaffet multimedia som Mp3-filer og videoer ikke kan avspilles.¹⁵⁶

For å muliggjøre avspilling av slike selvstendig utviklede spill, markedsførte og solgte PC Box Nintendo-konsoller med dekamerinnretning (såkalte "modchips") og slike spill på 9Nets nettside.¹⁵⁷ Dekamerinnretningen blokkerer gjenkjennelsesmekanismen, og muliggjør på denne måten at de selvstendige utviklede spill kan avleses.¹⁵⁸ Blokkeringen av gjenkjennelsesmekanismen innebærer samtidig at piratkopierte spill kan avleses.¹⁵⁹ På den andre side ble den "sikre omgivelsen" ikke berørt.¹⁶⁰ Omgåelsen muliggjorde med andre ord ikke ulovlig kopiering, kun avspilling av slike kopier.

På bakgrunn av dette, var spørsmålet fra den refererende domstol for det første om Nintendos beskyttelsessystem utgjorde et effektivt teknisk beskyttelsessystem etter opphavsrettsdirektivet art. 6(1), jf. art. 6(3).¹⁶¹ For det andre var spørsmålet om markedsføring av slike omgåelsesverktøy i strid med art. 6(2) bokstav b.¹⁶² I denne sammenheng er EU-domstolens tolkning av kriteriet "acts (...) which are not authorised by the rightholder" etter opphavsrettsdirektivet art. 6(3) som er relevant. I tilknytningen til dette vil EU-domstolens vurdering av Nintendos beskyttelsessystem være av særlig interesse. Som nevnt over hindrer beskyttelsessystemet både ulovlig kopiering og avspilling av slike kopier, men også avspilling av lovlig anskaffede verk. Sistnevnte handling vil som nevnt over ikke utgjøre en opphavskrenkende handling. Privat overføring (privat fremføring etter åndsverklovens terminologi) vil ikke omfattes av de opphavsrettslige eneretter, og midlertidig eksemplarframstilling er i utgangspunktet tillatt etter opphavsrettsdirektivet art. 5(1).¹⁶³ Sakens faktum inneholdt imidlertid ingen avtalte bruksvilkår mellom PC Box og Nintendo.

¹⁵⁴ Sak C-355/12 Forslag til avgjørelse fra Generaladvokat E. Sharptone avsnitt 22.

¹⁵⁵ Sak C-355/12 Nintendo, Nintendo of America and Nintendo of Europe v. PC Box and 9Net avsnitt 14.

¹⁵⁶ Sak C-355/12 Nintendo, Nintendo of America and Nintendo of Europe v. PC Box and 9Net avsnitt 15.

¹⁵⁷ Sak C-355/12 Nintendo, Nintendo of America and Nintendo of Europe v. PC Box and 9Net avsnitt 14.

¹⁵⁸ Sak C-355/12 Nintendo, Nintendo of America and Nintendo of Europe v. PC Box and 9Net avsnitt 14.

¹⁵⁹ Sak C-355/12 Nintendo, Nintendo of America and Nintendo of Europe v. PC Box and 9Net avsnitt 12.

¹⁶⁰ Jf. kapittel 2 over.

¹⁶¹ Sak C-355/12 Nintendo, Nintendo of America and Nintendo of Europe v. PC Box and 9Net avsnitt 39.

¹⁶² Sak C-355/12 Nintendo, Nintendo of America and Nintendo of Europe v. PC Box and 9Net avsnitt 39.

¹⁶³ Tilsvarende etter åvl. § 11a.

3.5.3.2 Krever handlinger i strid med avtale rettighetshaver tillatelse?

Ved tolkningen av opphavsrettsdirektivet art. 6(3) uttaler EU-domstolen for det første at tekniske beskyttelsessystemer må hindre handlinger ("acts") som ikke er tillatt av rettighetshaver.¹⁶⁴ De uttaler videre at:

*"Those acts constitute (min understreking), as is apparent from Articles 2 to 4 of Directive 2001/29, the reproduction, the communication to the public of works and making them available to the public, and the distribution of the original or copies of works. The legal protection referred to in Article 6 of that directive applies only in the light of protecting that rightholder against acts which require his authorisation."*¹⁶⁵

Uttalelsen er ikke helt entydig. Men det er nærliggende å forstå den slik at det kun er handlinger i strid med de opphavsrettslig eneretter som krever rettighetshavers tillatelse. På den andre siden kan det på bakgrunn av det ikke forelå noen avtalte bruksvilkår mellom partene argumenteres for at EU-domstolen ikke tar stilling til om også handlinger i strid med avtale krever rettighetshavers tillatelse. Imidlertid blir dette argumentet svekket av at både Generaladvokaten og Kommisjonen uttaler at det kun er beskyttelsessystemer som hindrer eneretts-handlinger som er vernet.¹⁶⁶ Tydeligst i så måte er Kommisjonen som uttaler:

*"... Directive 2001/29 does not seek to create any rights other than those specified in Articles 2, 3 and 4 (in essence, to grant or refuse authorisation for the reproduction, communication or distribution of a protected work). Legal protection pursuant to Article 6 is required only against circumvention which would infringe those specific rights."*¹⁶⁷

Dersom EU-domstolen var uenig i dette standpunkt, ville det vært nærliggende at de tok avstand fra det. Samlet sett må EU-domstolens uttalelse dermed forstås slik at det kun er handlinger i strid med de opphavsrettslig eneretter som krever rettighetshavers tillatelse. Konklusjonen er dermed at handlinger i strid med avtaler ikke krever rettighetshavers tillatelse, og at tekniske beskyttelsessystemer som håndhever avtaler ikke er omfattet av omgåelsesvernet etter opphavsrettsdirektivet art. 6.

¹⁶⁴ Sak C-355/12 Nintendo, Nintendo of America and Nintendo of Europe v. PC Box and 9Net avsnitt 24.

¹⁶⁵ Sak C-355/12 Nintendo, Nintendo of America and Nintendo of Europe v. PC Box and 9Net avsnitt 25.

¹⁶⁶ Sak C-355/12 Nintendo, Nintendo of America and Nintendo of Europe v. PC Box and 9Net, forslag til avgjørelse fra Generaladvokat E. Sharpstone avsnitt 45.

¹⁶⁷ Sak C-355/12 Nintendo, Nintendo of America and Nintendo of Europe v. PC Box and 9Net, forslag til avgjørelse fra Generaladvokat E. Sharpstone avsnitt 72.

3.5.3.3 *Krever midlertidig eksemplarfremstilling og dermed privat fremføring rettighetshavers tillatelse?*

Som nevnt over vil EU-domstolens vurdering av om Nintendos beskyttelsessystem omfattes av opphavsrettsdirektivet art. 6 være av særlig interesse. Bakgrunnen for dette er som nevnt at beskyttelsessystemet i tillegg til å hindre handlinger i strid med de opphavsrettslig eneretter, også hindrer handlinger som ikke er opphavskrenkende. Slik omgåelsesinnretningen ble benyttet var det for å muliggjøre privat fremføring, noe som i utgangspunktet er tillatt etter opphavsrettsdirektivet art. 3, og art. 2, jf. art. 5(1).

I denne sammenheng er det verdt å minne om at slik opphavsrettsdirektivet art. 6(3) har blitt forstått, er det avgjørende om den hindrer handlinger i strid med de opphavsrettslig eneretter, og at unntaksbestemmelsene i art. 5 ikke skal være relevante ved denne vurderingen.¹⁶⁸ Noe som altså tilsier at omgåelse for å muliggjøre privat fremføring ikke er tillatt etter opphavsrettsdirektivet art. 6.¹⁶⁹

For så vidt gjelder det konkrete spørsmålet om Nintendos beskyttelsessystemet var vernet i dette tilfellet, uttales det at det ikke er noe i opphavsrettsdirektivet som tilsier at beskyttelsessystemet ikke skal være vernet, og at det dermed i utgangspunktet utgjør et effektivt teknisk beskyttelsessystem i henhold til art. 6(3).¹⁷⁰ EU-domstolen presiserer imidlertid ikke hvilke handlinger Nintendos beskyttelsessystem konkret hindret. Generaladvokaten fremholder imidlertid at slik beskyttelsessystemet var utformet hindret det at piratkopierte TV-spill ble avspilt.¹⁷¹ Videre fremholder hun at beskyttelsessystemet på denne måten begrenser uautorisert kopiering og dermed etterfølgende spredning til allmennheten, fordi piratkopier uansett ikke vil kunne avspilles.¹⁷² Det vil derfor være nærliggende å anta at EU-domstolen la til grunn denne vurderingen.

¹⁶⁸ Se blant annet Rieber-Mohn (2010) s. 215, Mazziotti (2008) s. 71-73, Dusollier (2003) s. 465-466.

¹⁶⁹ Se punkt 3.5.2 siste avsnitt.

¹⁷⁰ Sak C-355/12 Nintendo, Nintendo of America and Nintendo of Europe v. PC Box and 9Net avsnitt 26 og 28.

¹⁷¹ Sak C-355/12 Nintendo, Nintendo of America and Nintendo of Europe v. PC Box and 9Net, forslag til avgjørelse fra Generaladvokat E. Sharpstone avsnitt 47.

¹⁷² Sak C-355/12 Nintendo, Nintendo of America and Nintendo of Europe v. PC Box and 9Net, forslag til avgjørelse fra Generaladvokat E. Sharpstone avsnitt 47.

EU-domstolen reiser videre spørsmål om hvilke kriterier som skal anvendes ved avgjørelsen av vernets omfang etter art. 6.¹⁷³ De uttaler i denne sammenheng:

*”As the Advocate General noted in points 53 to 63 of her Opinion, the examination of that question requires that account be taken of the fact that legal protection against acts not authorised by the rightholder of any copyright must respect the principle of proportionality (min understreking), in accordance with Article 6(2) of Directive 2001/29, interpreted in the light of recital 48 thereof, and should not prohibit devices or activities which have a commercially significant purpose or use other than to circumvent the technical protection”*¹⁷⁴

EU-domstolen nedfeller med andre ord et proporsjonalitetsprinsipp med grunnlag i opphavsrettsdirektivets forale punkt 48. Verken uttalelsen eller direktivets forale er helt entydige på om et slikt proporsjonalitetsprinsippet kun gjelder for forbudet mot distribusjon mv. av omgøelsesutstyr etter opphavsrettsdirektivet art. 6(2), eller for art. 6 i sin helhet. EU-domstolen uttaler imidlertid at:

*”... legal protection is granted only with regard to technological measures which pursue the objective of preventing or eliminating, as regards works, acts not authorised by the rightholder of copyright referred to in paragraph 25 of the present judgment. Those measures must be suitable for achieving that objective and must not go beyond what is necessary for this purpose.”*¹⁷⁵

Proporsjonalitetsprinsippet utgjør dermed et sett med tilleggsvilkår som må være oppfylt for at beskyttelsessystemet skal omfattes av vernet etter opphavsrettsdirektivet art. 6 i sin helhet. Proporsjonalitetsprinsippet innhold vil behandles nedenfor. Det sentrale spørsmål i denne sammenheng er hvilket problem EU-domstolen adresser med dette proporsjonalitetsprinsippet. Generaladvokatens uttalelser er klarest i denne sammenheng. Av hennes forslag til avgjørelse fremgår det at problemet proporsjonalitetsprinsippet adresserer er hvilket vern beskyttelsessystem som både hindrer handlinger som krever rettighetshavers tillatelse, men også handlinger som ikke krever tillatelse, skal ha.¹⁷⁶ EU-domstolens uttalelser er mer uklare, men må også forstås slik at det er dette problemet proporsjonalitetsprinsippet primært adresserer.¹⁷⁷

¹⁷³ Sak C-355/12 Nintendo, Nintendo of America and Nintendo of Europe v. PC Box and 9Net avsnitt 29.

¹⁷⁴ Sak C-355/12 Nintendo, Nintendo of America and Nintendo of Europe v. PC Box and 9Net avsnitt 30.

¹⁷⁵ Sak C-355/12 Nintendo, Nintendo of America and Nintendo of Europe v. PC Box and 9Net avsnitt 31.

¹⁷⁶ Sak C-355/12 Nintendo, Nintendo of America and Nintendo of Europe v. PC Box and 9Net, forslag til avgjørelse fra Generaladvokat E. Sharpstone avsnitt 49-53, se særlig avsnitt 51.

¹⁷⁷ Sak C-355/12 Nintendo, Nintendo of America and Nintendo of Europe v. PC Box and 9Net avsnitt 32 og 36.

Dette gjelder særlig fordi de uttrykkelig henviser til Generaladvokatens uttalelser før de nedfeller proporsjonalitetsprinsippet.¹⁷⁸ Relatert til denne sakens faktum må dette innebære at privat fremføring (avspilling) ikke krever rettighetshavers tillatelse.¹⁷⁹

Årsaken til at avspilling av TV-spillene i dette tilfellet ikke krevde rettighetshavers tillatelse kan være at TV-spillene som ble avspilt hovedsakelig var utviklet av andre rettighetshavere enn Nintendo. Dermed vil de midlertidige eksemplarene som dannes ved avspilling ikke omfattes av Nintendos eksemplarfremstillingsrett. Alternativt kan EU-domstolens uttalelser forstås slik midlertidig eksemplarfremstilling ikke krever rettighetshavers tillatelse forutsatt at vilkårene for slik midlertidig eksemplarfremstilling er oppfylt etter opphavsrettsdirektivet art. 5(1).

Saken er tvilsom. Det foreligger ingen uttrykkelige holdepunkter i dommen for at midlertidig eksemplarfremstilling ikke krever rettighetshavers tillatelse. Videre er det som nevnt over fremholdt i teorien at unntaksbestemmelsene, herunder art. 5(1) ikke er relevante for hvilke handlinger som krever rettighetshavers tillatelse.¹⁸⁰

På den andre side taler Generaladvokatens uttalelser for at midlertidig eksemplarfremstilling ikke krever rettighetshavers tillatelse. Hun uttaler blant annet at ”... use of Nintendo consoles to play games other than Nintendo and Nintendo-licensed games or copies thereof, or *the playing of Nintendo and Nintendo-licensed games on consoles other than those manufactured by Nintendo* (min utheving)” ikke krever rettighetshavers tillatelse.¹⁸¹ Med andre ord fremholder hun at privat fremføring ikke krever rettighetshavers tillatelse selv i de tilfellene det er Nintendo-spill som blir avspilt. Ved vurderingen av hva som utgjør et effektivt teknisk beskyttelsessystem uttaler EU-domstolen videre at beskyttelsessystemets mål må være ”to prevent or to limit acts adversely [negativt] affecting the rights of the holder protected by them”.¹⁸² Midlertidig eksemplarer som dannes på avspillingsutstyr vil ikke påvirke rettighetshavers rettigheter, forutsatt at vilkårene etter opphavsrettsdirektivet art. 5(1) er oppfylt. De vil kun være en forutsetning for at digitalt innhold kan behandles av avspillingsutstyr.¹⁸³

¹⁷⁸ Sak C-355/12 Nintendo, Nintendo of America and Nintendo of Europe v. PC Box and 9Net avsnitt 30.

¹⁷⁹ Det vil si privat overføring, jf. opphavsrettsdirektivet art. 3.

¹⁸⁰ Se blant annet Rieber-Mohn (2010) s. 215, Mazziotti (2008) s. 71-73, Dusollier (2003) s. 465-466, Rognstad (2009) s. 381.

¹⁸¹ Sak C-355/12 Nintendo, Nintendo of America and Nintendo of Europe v. PC Box and 9Net, forslag til avgjørelse fra Generaladvokat E. Sharpstone avsnitt 49.

¹⁸² Sak C-355/12 Nintendo, Nintendo of America and Nintendo of Europe v. PC Box and 9Net avsnitt 28.

¹⁸³ Se blant annet Rognstad (2009) s. 153, Westman (2003) s. 566, og opphavsrettsdirektivets forale punkt 33.

Samlet sett må dermed EU-domstolens vurdering av Nintendos beskyttelsessystem forstås slik at midlertidig eksemplarframstilling ikke krever rettighetshavers tillatelse, forutsatt at vilkårene for slik eksemplarframstilling er oppfylt etter opphavsrettsdirektivet art. 5(1). Følgen av dette er dermed at privat fremføring i utgangspunktet ikke krever rettighetshavers tillatelse.

Dette innebærer imidlertid ikke at sluttbrukere alltid vil kunne omgå beskyttelsessystemer for å muliggjøre avspilling. Som nevnt over i kapittel 2, er de fleste adgangssperrer anvendt sammen med andre beskyttelsestiltak for å forhindre kopiering, det vil si eksemplarframstilling.¹⁸⁴ Dette var også tilfellet i denne sak. Slike beskyttelsessystemer vil i utgangspunktet omfattes av omgåelsesvernet etter opphavsrettsdirektivet art. 6. Videre vil beskyttelsessystemer som utelukkende regulerer adgang, som nevnt over, vanligvis være anvendt fordi adgangen er betinget av vederlag.

Dersom sluttbruker omgår et slikt beskyttelsessystem, kan det derfor spørres om muliggjør ”lovlig bruk” av verket i henhold til opphavsrettsdirektivet art. 5(1) bokstav b, og åndsverkloven § 11a første ledd bokstav b.¹⁸⁵ Sistnevnte problemstilling vil drøftes nedenfor. Dette innebærer imidlertid at den største skranke for beskyttelsessystemets vern er proporsjonalitetsprinsippet. Proporsjonalitetsprinsippet innhold vil drøftes i det følgende.

3.5.4 Proporsjonalitetsprinsippet innhold

Som nevnt, følger det av Nintendo v. PC Box at ethvert beskyttelsessystem må tilfredsstill kriteriene etter proporsjonalitetsprinsippet for å omfattes av opphavsrettsdirektivet art. 6.¹⁸⁶ EU-domstolen fremholder at dette innebærer at beskyttelsessystemet for det første må forfølge et legitimt formål.¹⁸⁷ Videre må beskyttelsessystemet være egnet til å oppfylle det legitime formålet, i tillegg må anvendelse av beskyttelsessystemet være nødvendig for å oppfylle formålet.¹⁸⁸ Proporsjonalitetsprinsippet vil dermed samsvare med det alminnelig EU-/EØS-rettslig proporsjonalitetsprinsipp.¹⁸⁹

¹⁸⁴ Westman (2003) s. 562. De vil dermed være kombinerte sperrer.

¹⁸⁵ Rognstad (2009) s. 154. I tilsvarende retning med en annen begrunnelse Westman (2003) s. 566-567.

¹⁸⁶ Sak C-355/12 Nintendo, Nintendo of America and Nintendo of Europe v. PC Box and 9Net avsnitt 30-31.

¹⁸⁷ Sak C-355/12 Nintendo, Nintendo of America and Nintendo of Europe v. PC Box and 9Net avsnitt 31.

¹⁸⁸ Sak C-355/12 Nintendo, Nintendo of America and Nintendo of Europe v. PC Box and 9Net avsnitt 31.

¹⁸⁹ Sak C-355/12 Nintendo, Nintendo of America and Nintendo of Europe v. PC Box and 9Net, forslag til avgjørelse fra Generaladvokat E. Sharpstone avsnitt 56.

EU-domstolen uttaler i denne sammenheng at formålet med anvendelsen av beskyttelsessystemet må være å hindre handlinger som ikke er *tillatt* av rettighetshaver, jf. slik dette begrepet er forstått over.¹⁹⁰ Som nevnt over vil de fleste beskyttelsessystemer være utformet etter konseptet ”sikker omgivelse”.¹⁹¹ Dette innebærer at verk og arbeider kun kan avspilles på særskilt avspillingsutstyr/-programmer.¹⁹² Der rettighetshaver både distribuerer verk og arbeider, i tillegg til å være rettighetshaver av avspillingsutstyret, kan dette gi rettighetshaver mulighet til å stenge konkurrerende utviklere av avspillingsutstyr ute av markedet.¹⁹³ Dette gjelder særlig der rettighetshaver stiller krav om at det utelukkende er hennes avspillingsutstyr som skal anvendes. Riktignok vil beskyttelsessystemet samtidig hindre handlinger som krever rettighetshavers tillatelse, men dersom det ikke foreligger gode grunner for at andre utviklere kan oppnå lisens for å utvikle avspillingsutstyr, utenom rene konkurransemessige hensyn, vil beskyttelsessystemet neppe forfølge et legitimt formål i relasjon til proporsjonalitetsprinsippet.

For det andre må beskyttelsessystemet være egnet til å nå det legitime formålet.¹⁹⁴ Dette kravet vil i de fleste tilfeller ikke utgjøre en hindring for beskyttelsessystemets vern. Beskyttelsessystemer vil i hovedsak være et egnet tiltak for å hindre handlinger som krever rettighetshavers tillatelse.

Til slutt, må nødvendighetskriteriet være oppfylt. Etter denne må beskyttelsessystemet ikke gå videre enn nødvendig for å oppnå det legitime formålet.¹⁹⁵ Dette kravet innebærer etter EU-domstolens avgjørelse at det må vurderes om det foreligger andre, mindre vidtgående beskyttelsessystemer.¹⁹⁶ Samtidig påpeker EU-domstolen at det skal tas tilbørlig hensyn til hvilken grad av effektivitet slike alternative beskyttelsessystemer gir, kostnadene ved anvendelse av disse, og andre tekniske implikasjoner.¹⁹⁷ Generaladvokaten anfører i tillegg at det må foretas en forholdsmessighetsvurdering av beskyttelsessystemet i snever forstand.¹⁹⁸

¹⁹⁰ Sak C-355/12 Nintendo, Nintendo of America and Nintendo of Europe v. PC Box and 9Net avsnitt 31.

¹⁹¹ Westman (2003) s. 562. De vil dermed være kombinerte sperrer.

¹⁹² Westman (2003) s. 563.

¹⁹³ Konkurransetilsynet (2015), Forbud mot utilbørlig utnyttelse av dominerende stilling, http://www.konkurransetilsynet.no/Global/Faktaark/§11_DOMINERENDE_STILLING.pdf, Rognstad (2009) s. 387.

¹⁹⁴ Sak C-355/12 Nintendo, Nintendo of America and Nintendo of Europe v. PC Box and 9Net avsnitt 31.

¹⁹⁵ Sak C-355/12 Nintendo, Nintendo of America and Nintendo of Europe v. PC Box and 9Net avsnitt 31, Sak C-355/12 Nintendo, Nintendo of America and Nintendo of Europe v. PC Box and 9Net, forslag til avgjørelse fra Generaladvokat E. Sharpstone avsnitt 60.

¹⁹⁶ Sak C-355/12 Nintendo, Nintendo of America and Nintendo of Europe v. PC Box and 9Net avsnitt 32.

¹⁹⁷ Sak C-355/12 Nintendo, Nintendo of America and Nintendo of Europe v. PC Box and 9Net avsnitt 32.

¹⁹⁸ Sak C-355/12 Nintendo, Nintendo of America and Nintendo of Europe v. PC Box and 9Net, forslag til avgjørelse fra Generaladvokat E. Sharpstone avsnitt 60-61.

Selv om EU-domstolen ikke bekrefter at dette elementet av nødvendighetskriteriet gjelder, vil en slik vurdering følge av det alminnelige proporsjonalitetsprinsipp og derfor måtte legges til grunn.¹⁹⁹ Etter denne vurderingen vil det springende punkt være om beskyttelsessystemet er for vidtgående, selv om det ikke foreligger mindre inngripende alternativer.²⁰⁰

EU-domstolen tok imidlertid ikke stilling til om Nintendos beskyttelsessystem oppfylte kriteriene i denne sak, men overlot denne vurderingen til den nasjonale domstol.²⁰¹

3.5.4.1 Oppsummering og den videre drøftelsen

Som vist over, følger det av Nintendo v. PC Box at handlinger i strid med avtale ikke krever rettighetshavers tillatelse.²⁰² Videre må avgjørelsen forstås slik at midlertidig eksemplarframstilling heller ikke krever rettighetshavers tillatelse, forutsatt at vilkårene for slik midlertidig eksemplarframstilling er oppfylt etter opphavsrettsdirektivet art. 5(1). I tillegg må ethvert beskyttelsessystem tilfredsstillе kriteriene i proporsjonalitetsprinsippet for å være omfattet av opphavsrettsdirektivet art. 6. EU-domstolen har dermed innsnevret omgåelsesvernet vesentlig sammenlignet med den forståelsen som ble lagt til grunn i den juridiske teori. Problemstillingen vil derfor i det følgende være om kravet til opphavsrettslig relevans samsvarer med opphavsrettsdirektivet på disse punkter, og om eventuell motstrid kan tolkes bort ved anvendelse av presumsjonsprinsippet.

¹⁹⁹ Om det alminnelige proporsjonalitetsprinsipp, Barnard (2013) s. 177.

²⁰⁰ Barnard (2013) s. 177.

²⁰¹ Sak C-355/12 Nintendo, Nintendo of America and Nintendo of Europe v. PC Box and 9Net avsnitt 38.

²⁰² Sak C-355/12 Nintendo, Nintendo of America and Nintendo of Europe v. PC Box and 9Net.

3.6 Kravet til opphavsrettslig relevans i henhold til åndsverkloven § 53a første ledd

3.6.1 Innledende bemerkninger

Som nevnt over, fastsetter åvl. § 53a første ledd et forbud mot å omgå ”effektive tekniske beskyttelsessystemer som rettighetshaver eller den han har gitt samtykke benytter for å *kontrollere eksemplarframstilling eller tilgjengeliggjøring for allmennheten av et vernet verk* (min utheving)”. Sistnevnte blir som nevnt betegnet som et krav om at beskyttelsessystemet må kontrollere ”opphavsrettslig relevante handlinger”, og er ment å svare til opphavsrettsdirektivet art. 6(3) første punktum.²⁰³

Lovgiver forsto opphavsrettsdirektivet art. 6(3) første punktum slik at tillatelse kun er nødvendig for handlinger som rettighetshaver har ”opphavsrettslig råderett over”.²⁰⁴ Med andre ord må beskyttelsessystemet kontrollere handlinger som faller inn under rettighetshavers eneretter.²⁰⁵ Dette kommer tydeligst frem dersom kriteriet sammenholdes med bestemmelsen som hjemler rettighetshavers eneretter; åvl. § 2. Etter denne kan enerettene deles inn i to kategorier; eksemplarframstillingsretten og retten til å gjøre verket tilgjengelig for allmennheten.²⁰⁶

Videre tilsier en alminnelig forståelse av ordlyden at avgrensningsbestemmelsene i åvl. kapittel 2 ikke griper inn i kravet til opphavsrettslig relevans.²⁰⁷ Det stilles etter ordlyden i åvl. § 53a første ledd nemlig ikke krav om at beskyttelsessystemet må kontrollere handlinger som ikke er tillatt etter åndsverkloven.²⁰⁸ Det avgjørende er med andre ord ikke om beskyttelsessystemet hindrer opphavskrenkende handlinger etter åndsverkloven i sin helhet, men om den kontrollerer handlinger som faller inn under rettighetshavers eneretter.²⁰⁹ Denne forståelsen blir støttet av strukturen i åvl. §§ 53a og 53b. Særlig etter sistnevnte bestemmelse, tilsier strukturen at avgrensningsbestemmelsene i åvl. kapittel 2 må være hjemlet konkret i et av unntakene i åvl. §§ 53a og 53b.²¹⁰

²⁰³ Ot.prp. nr. 46 (2004-2005) s. 113 og s. 116.

²⁰⁴ Ot.prp. nr. 46 (2004-2005) s. 113.

²⁰⁵ Ot.prp. nr. 46 (2004-2005) s. 113.

²⁰⁶ Rognstad (2009) s. 150.

²⁰⁷ Rognstad (2009) s. 380, Rieber-Mohn (2010) s. 230.

²⁰⁸ Rognstad (2009) s. 380.

²⁰⁹ Tilsvarende Rognstad (2009) s. 380.

²¹⁰ Denne forståelsen blir i utgangspunktet bekreftet i Ot.prp. nr. 46 (2004-2005) s. 123.

Denne forståelsen blir langt på vei bekreftet i forarbeidene, bortsett fra på et punkt.²¹¹ Etter forarbeidene fremgår det at hva som utgjør en opphavsrettslig relevant handling følger av åvl. § 2 sammenholdt med åvl. § 11a.²¹² Det blir i denne sammenheng uttalt:

*”Etter § 2 omfattes en fremføring av eneretten bare i den grad den finner sted utenfor det private området, og fremføring innenfor dette området vil således ikke være en opphavsrettslig relevant handling. Eneretten til eksemplarframstilling avgrenses i § 11a, slik at framstillingen av de midlertidige eksemplarer som bl.a oppstår i forbindelse lovlig bruk av et verk heller ikke vil være en opphavsrettslig relevant handling”.*²¹³

Som det ble redegjort for i punkt 3.5.2 vil det være nødvendig å avgrense eksemplarframstillingsretten mot midlertidig eksemplarframstilling for at privat fremføring i realiteten ikke skal utgjøre en opphavsrettslig relevant handling.²¹⁴ Åndsverkloven § 53a første ledd samsvarer i utgangspunktet med opphavsrettsdirektivet art. 6(3) på dette punkt.²¹⁵ Det problematiske i denne sammenheng er imidlertid at lovgiver har blitt kritisert for å ikke ha gjennomført åvl. § 11a riktig, med den følge av at rene adgangssperrer overhodet ikke omfattes av omgåelsesvernet.²¹⁶ Det vil derfor være nødvendig å drøfte åvl. § 11a, noe som vil bli gjort nedenfor. Først vil det imidlertid gjøres rede for hvilket vern forarbeidene foreskriver for kombinerte adgangs –og kopisperrer, det vil si beskyttelsessystemer som ikke utelukkende hindrer opphavsrettslig relevante handlinger.²¹⁷

3.6.2 Må beskyttelsessystemet utelukkende kontrollere opphavsrettslig relevante handlinger?

Det opprinnelig ble foreslått at beskyttelsessystemer som er til hinder for privat fremføring overhode ikke skulle omfattes av omgåelsesvernet etter åvl. § 53a første ledd.²¹⁸ Som nevnt i kapittel 2, vil en forutsetning for å forhindre kopiering være at avspilling kun skjer på autorisert avspillingsutstyr/–programmer.²¹⁹ Med andre ord vil de fleste beskyttelsessystemer bestå av både kopisperrer og adgangssperrer.²²⁰

²¹¹ Ot.prp. nr. 46 (2004-2005) s. 113, s. 116 og s. 123.

²¹² Ot.prp. nr. 46 (2004-2005) s. 116.

²¹³ Ot.prp. nr. 46 (2004-2005) s. 116.

²¹⁴ Se blant annet Rognstad (2009) s. 380-381.

²¹⁵ Jf. punkt 3.5.3.3.

²¹⁶ Rognstad (2009) s. 381

²¹⁷ Ot.prp. nr. 46 (2004-2005) s. 117, Rieber-Mohn (2006) s. 323.

²¹⁸ Ot.prp. nr. 46 (2004-2005) s. 116.

²¹⁹ Westman (2003) s. 562-563.

²²⁰ Rognstad (2009) s. 381.

Etter det opprinnelige forslaget skulle slike kombinerte sperrer ikke være vernet.²²¹ I høringen gikk imidlertid flertallet av rettighetshaverne imot denne løsningen, nettopp fordi det i praksis ville være umulig å utforme beskyttelsessystemer som utelukkende hindrer eksemplarframstilling.²²² Departementet kom derfor etter en fornyet vurdering til at denne avgrensningen ville bli for vidtgående.²²³ Med departementets ord skal det avgjørende derfor være "... om systemet anvendes for å kontrollere opphavsrettslig relevante handlinger, ikke om det også er til hinder for handlinger som ikke er opphavsrettslig relevante".²²⁴

Dermed vil kombinerte sperrer være vernet etter åvl. § 53a første ledd uavhengig av i hvor stor grad de også hindrer handlinger som ikke er opphavsrettslig relevante.²²⁵ Denne tilnærmingen samsvarer i utgangspunktet med opphavsrettsdirektivet art. 6(3). Som nevnt over, gjaldt Nintendo v. PC Box nettopp et slikt beskyttelsessystem, uten at dette utelukket vern.²²⁶ Dette er imidlertid kun utgangspunktet etter direktivet. Av redegjørelsen over følger det at slike beskyttelsessystemer i henhold til Nintendo v PC Box må tilfredsstille kravene i proporsjonalitetsprinsippet for å omfattes av vernet.²²⁷ Dermed vil forarbeidene foreskrive et videre vern for kombinerte sperrer enn det som følger av opphavsrettsdirektivet.

Riktignok ble unntaket om privat brukers verkstilegnelse etter åvl. § 53a tredje ledd andre punktum ble foreslått i odelstingsproposisjonen nettopp for å begrense kombinerte sperrers vern.²²⁸ Bestemmelsen gjør imidlertid etter sin ordlyd kun unntak fra omgåelsesforbudet i åvl. § 53a første ledd, og ikke forbudet mot distribusjon og annen kommersiell befatning med omgåelsesverktøy etter åvl. § 53a annet ledd.²²⁹ Unntaket har dermed et snevrere anvendelsesområde enn proporsjonalitetsprinsippet, hvis vilkår må være oppfylt for at beskyttelsessystemet på generell basis skal være vernet av opphavsrettsdirektivet art. 6. I tillegg hjemler unntaket til en viss grad eksemplarframstilling til privat bruk, noe som ikke er tilfellet for proporsjonalitetsprinsippet.²³⁰

En alminnelig forståelse av opphavsrettsdirektivet art. 6(3) tilsier at hvilke vilkår et beskyttelsessystem må oppfylle for å være vernet er totalharmonisert.²³¹ Videre tilsier en alminnelig forståelse av uttalelsene i Nintendo v. PC Box at medlemsstatene er forpliktet til å gjennomføre proporsjonalitetsprinsippet, jf. uttalelsen om at "... legal protection against acts not authorised by the rightholder of any copyright *must* (min utheving) respect the principle of pro-

²²¹ Ot.prp. nr. 46 (2004-2005) s. 117, Rognstad (2009) s. 381.

²²² Ot.prp. nr. 46 (2004-2005) s. 117.

²²³ Ot.prp. nr. 46 (2004-2005) s. 117.

²²⁴ Ot.prp. nr. 46 (2004-2005) s. 117.

²²⁵ Rieber-Mohn (2006) s. 327.

²²⁶ Sak C-355/12 Nintendo, Nintendo of America and Nintendo of Europe v. PC Box and 9Net.

²²⁷ Sak C-355/12 Nintendo, Nintendo of America and Nintendo of Europe v. PC Box and 9Net.

²²⁸ Ot.prp. nr. 46 (2004-2005) s. 118.

²²⁹ Se også Ot.prp. nr. 46 (2004-2005) s. 118.

²³⁰ jf. Rognstad (2009) s. 387.

²³¹ Om opphavsrettsdirektivet er et totalharmoniseringsdirektiv, se Kur (2013) s. 245 og s. 271.

portionality”.²³² Problemstillingen er derfor om det ved anvendelse av presumsjonsprinsippet kan legges avgjørende vekt på direktivet fremfor uttalelsene i forarbeidene.²³³

Det foreligger i denne sammenheng ingen holdepunkter for at lovgiver bevisst har ønsket å fravike opphavsrettsdirektivet. Videre vil heller ikke lovens ordlyd stenge for en direktivkonform løsning. Lovens ordlyd gir i dette tilfelle ingen indikasjoner på om beskyttelsessystemer utelukkende må hindre opphavsrettslig relevante handlinger, eller ikke. På den andre siden innebærer proporsjonalitetsprinsippet at beskyttelsessystemer må tilfredsstillende tilleggskrav for å omfattes av omgåelsesvernet. Hensynet til innrettelse og forutberegnelighet taler derfor i utgangspunktet mot å legge avgjørende vekt på direktivteksten, da dette vil føre til at beskyttelsessystemet må tilfredsstillende krav som verken fremgår av lovens ordlyd eller forarbeidene.

Arnesen og Stenvik fremholder imidlertid at det ved vurderingen av innrettelseshensynet må legges vekt på hvilke forutsetninger den berørte part har for å oppdage rettsusikkerheten ved lovgivers valg.²³⁴ De fremholder også at det i større grad må formodes at profesjonelle aktører holder seg oppdatert med den rettsutvikling som skjer innenfor EU- og EØS-retten.²³⁵ I denne sammenheng vil rettighetshavere i hovedsak være store foretak eller rettighetshaverorganisasjoner. Et direktivkonformt resultat vil derfor ikke ramme innrettelseshensynet i særlig grad. Konklusjonen er dermed at det må legges avgjørende vekt på direktivet. Etter dette må beskyttelsessystemer tilfredsstillende proporsjonalitetsprinsippet for å omfattes av omgåelsesvernet etter åvl. § 53a første ledd.

²³² Sak C-355/12 Nintendo, Nintendo of America and Nintendo of Europe v. PC Box and 9Net avsnitt 30.

²³³ Om presumsjonsprinsippet, se kapittel 1.3 over.

²³⁴ Arnesen (2009) s. 52-53.

²³⁵ Arnesen (2009) s. 75-76.

3.6.3 Åndsverkloven § 11a relatert til tekniske beskyttelsessystemer

Som nevnt, følger det av forarbeidene at midlertidig eksemplarframstilling ikke utgjør en opphavsrettslig relevant handling forutsatt at vilkårene for slik eksemplarframstilling er oppfylt etter avgrensningsbestemmelsen åvl. § 11a.²³⁶ Etter åvl. § 11a vil ikke midlertidig eksemplarframstilling omfattes av rettighetshavers enerett dersom den er (i) ”tilfeldig eller forbigående”, (ii) ”utgjør en integrert og vesentlig del av en teknisk prosess som har til eneste formål å muliggjøre, (iii)” enten (a) ”lovlig bruk av et verk”, eller (b) ”en overføring i nettverk av et mellomledd på vegne av tredjeparter”, dersom den (iv) ”ikke har selvstendig økonomisk betydning”.²³⁷ Bestemmelsen gjennomfører opphavsrettsdirektivet art. 5(1) mer eller mindre ordrett.²³⁸

Det sentrale vilkår relatert til tekniske beskyttelsessystemer er vilkåret ”lovlig bruk av et verk”.²³⁹ Det følger i denne sammenheng av opphavsrettsdirektivets forale punkt 33 at bruken vil være lovlig dersom det foreligger samtykke eller den ikke omfattes av et lovforbud. I forarbeidene blir dette forstått slik at ”[h]andlinger som ikke er opphavsrettslig relevante, for eksempel fremføring innenfor det private området, kjennetegnes ved at de ikke omfattes av de opphavsrettslige eneretter, og om de øvrige vilkår er oppfylt vil unntaket omfatte de midlertidige eksemplarer som fremstilles i forbindelse med slik bruk.”²⁴⁰ Som en følge av dette blir det fremholdt at omgåelse av tekniske beskyttelsessystemer for å muliggjøre privat fremføring vil utgjøre lovlig bruk.²⁴¹ Sammenholdt med at det i forarbeidene er uttalt at beskyttelsessystemer som utelukkende hindrer privat fremføring ikke omfattes av omgåelsesvernet etter åvl. § 53a første ledd, innebærer dette at rene adgangssperre ikke omfattes av omgåelsesvernet.²⁴²

Denne forståelsen har blitt kritisert av Rognstad.²⁴³ Han fremholder at opphavsrettsdirektivet må forstås slik privat fremføring av digitalt innhold (f. eks nettløsning) kun vil utgjøre lovlig bruk dersom den omfattes av avgrensningsbestemmelsene i åndsverkloven kapittel 2, andre bestemmelser utenfor åndsverkloven, eller rettighetshaver har samtykket til bruken.²⁴⁴

²³⁶ Ot.prp. nr. 46 (2004-2005) s. 116.

²³⁷ Rognstad (2009) s. 153.

²³⁸ Rognstad (2009) s. 153, Ot.prp. nr. 46 (2004-2005) s. 16.

²³⁹ Rognstad (2009) s. 154-155.

²⁴⁰ Ot.prp. nr. 46 (2004-2005) s. 17.

²⁴¹ Ot.prp. nr. 46 (2004-2005) s. 17.

²⁴² Rognstad (2009) s. 381, Ot.prp. nr. 46 (2004-2005) s. 116.

²⁴³ Rognstad (2009) s. 154.

²⁴⁴ Rognstad (2009) s. 154, tilsvarende Bechtold (2006) s. 372.

Samtykke kan i denne sammenheng enten være uttrykkelig eller implisitt.²⁴⁵ Slik implisitt samtykke vil foreligge der verk har blitt tilgjengeliggjort på nett uten restriksjoner.²⁴⁶ På den andre side har det blitt fremholdt i teorien at samtykke ikke vil foreligge der adgangen til slike verk er begrenset av tekniske beskyttelsessystemer.²⁴⁷ Det foreligger imidlertid ikke noe avklarende rettspraksis fra EU-domstolen vedrørende sistnevnte spørsmål.

Imidlertid tilsier uttalelsene i *Nintendo v. PC Box* at denne forståelsen må modifiseres.²⁴⁸ Som nevnt var en sentral premiss i denne sak at omgåelse skjedde for å muliggjøre avspilling av lovlig anskaffede verk.²⁴⁹ Sluttbrukere hadde med andre ord lovlig tilgang til verkene, men beskyttelsessystemet innskrenket deres valg av avspillingsutstyr. Selv om EU-domstolen i denne sak ikke tok uttrykkelig stilling til forståelsen av opphavsrettsdirektivet art. 5(1), tilsier dette at avspilling i disse tilfellene ikke krever nytt samtykke fra rettighetshavere.²⁵⁰ På den andre side ble det fremholdt av EU-domstolen at omgåelse for å muliggjøre avspilling av piratkopier ikke var tillatt etter opphavsrettsdirektivet art. 6.²⁵¹ Overført til lovlighetskriteriet etter opphavsrettsdirektivet art. 5(1) tilsier dette at samtykke til bruk ikke vil foreligge der selve tilegnelsen av verket skjer ved at et beskyttelsessystem blir omgått, eller verket på andre måter er ulovlig ervervet.

En slik tilnærming blir støttet av EU-domstolens uttalelser i sak C-345/12 *ACI Adam*.²⁵² *ACI Adam* gjaldt blant annet spørsmålet om en nederlandsk bestemmelse som hjemlet eksemplarframstilling til privat bruk var i samsvar med opphavsrettsdirektivet art. 5(2) b.²⁵³ Bakgrunnen for dette var at bestemmelsen også hjemlet eksemplarframstilling til privat bruk der kilden for denne kopieringen urettmessig var tilgjengeliggjort.²⁵⁴

²⁴⁵ Bechtold (2006) s. 372.

²⁴⁶ Bechtold (2006) s. 372.

²⁴⁷ Rognstad (2009) s. 155, Bechtold (2006) s. 372.

²⁴⁸ Sak C-355/12 *Nintendo, Nintendo of America and Nintendo of Europe v. PC Box and 9Net*.

²⁴⁹ Sak C-355/12 *Nintendo, Nintendo of America and Nintendo of Europe v. PC Box and 9Net* avsnitt 15.

²⁵⁰ I tilsvarende retning, men med en annen begrunnelse, Westman (2003) s. 567-568.

²⁵¹ Sak C-355/12 *Nintendo, Nintendo of America and Nintendo of Europe v. PC Box and 9Net* avsnitt 36.

²⁵² Sak C-345/12 *ACI Adam and Others v. Stichting de ThuisKopie, Stichting Onderhandelingen ThuisKopie vergoeding* (heretter *ACI Adam*).

²⁵³ Sak C-345/12 *ACI Adam and Others v. Stichting de ThuisKopie, Stichting Onderhandelingen ThuisKopie* avsnitt 19.

²⁵⁴ Sak C-345/12 *ACI Adam and Others v. Stichting de ThuisKopie, Stichting Onderhandelingen ThuisKopie* avsnitt 19.

EU-domstolen tolket opphavsrettsdirektivet art. 5(2) b i lys av ”tretrinns testen” i opphavsrettsdirektivet art. 5(5).²⁵⁵ Opphavsrettsdirektivet art. 5(5) slår fast at alle unntaks-/avgrensingsbestemmelser må (i) kun gjelde i ”visse spesielle tilfeller”, (ii) ”ikke komme i konflikt med normal utnyttelse av verket” og (iii) ”ikke på urimelig måte må tilsidesette opphavsmannens legitime interesser”.²⁵⁶ EU-domstolen uttalte i denne sammenheng at en nasjonal avgrensingsbestemmelse som ikke skiller mellom om kilden for privatkopieringen er lovlig eller ikke, ikke vil tilfredsstille de to siste kriteriene i tretrinns testen.²⁵⁷ Tilsvarende vil dermed gjelde for opphavsrettsdirektivet art. 5(1). Konklusjonen er dermed at omgåelse av adgangssperrer for å muliggjøre privat fremføring kun vil utgjøre lovlig bruk i henhold til opphavsrettsdirektivet art. 5(1) dersom verket er lovlig anskaffet.²⁵⁸

Som nevnt, foretas ikke den overnevnte sondering i forarbeidsuttalelsene knyttet til åvl. § 11a. Spørsmålet vil derfor være om det ved anvendelse av presumsjonsprinsippet kan legges avgjørende vekt på direktivet fremfor forarbeidsuttalelsene.²⁵⁹ Kriteriet ”lovlig bruk” vil ikke stenge for en slik tolkning. Tvert om tilsier en alminnelig forståelse av kriteriet at verket må være lovlig anskaffet. På den andre siden er det i forarbeidene klart forutsatt at omgåelse av adgangssperrer skal være tillatt både etter åvl. § 11a og åvl. § 53a. Overtredelser av disse bestemmelsene vil etter åvl. § 54 være sanksjonert med bøter og fengsel, noe som tilsier at det ikke kan legges avgjørende vekt på direktivet. På den andre siden ligger det i denne sonderingens natur at ulovlig tilegnelse av verk vil omfattes av andre lovforbud. Blant annet vil omgåelse av rene adgangssperrer for å få uberettiget tilgang til verk i stor grad fanges opp av straffelovens kapittel 21 om vern av informasjon og informasjonsutveksling.²⁶⁰ Det gjelder særlig strl. 2005 § 203 som gjør det straffbart å skaffe seg selv eller andre uberettiget tilgang til fjernsynssignaler eller andre formidlingstjenester.²⁶¹ I tillegg følger det av strl. 2005 § 204 at det er forbudt å bryte en beskyttelse for å skaffe seg uberettiget tilgang til datasystem.²⁶² En direktivkonform tolkning vil dermed ikke ramme sluttbrukere i særlig grad, og det vil heller ikke gå utover innrettelseshensynet.

²⁵⁵ Sak C-345/12 ACI Adam and Others v. Stichting de Thuiskopie, Stichting Onderhandelingen Thuiskopie avsnitt 38.

²⁵⁶ Rognstad (2009) s. 215.

²⁵⁷ Sak C-345/12 ACI Adam and Others v. Stichting de Thuiskopie, Stichting Onderhandelingen Thuiskopie avsnitt 43 og avsnitt 39-40.

²⁵⁸ I tilsvarende retning, men med en annen begrunnelse, Westman (2003) s. 567-568.

²⁵⁹ Om presumsjonsprinsippet, se kapittel 1.3 over.

²⁶⁰ Rieber-Mohn (2006) s. 326 note 31.

²⁶¹ Rieber-Mohn (2006) s. 326 note 31.

²⁶² Rieber-Mohn (2006) s. 326 note 31.

Konklusjonen er dermed at det må legges avgjørende vekt på direktivet fremfor forarbeidsuttalelsene. Dette innebærer som nevnt at omgåelse av rene adgangssperrer for å muliggjøre privat fremføring kun vil være tillatt der verket er lovlig anskaffet. Slik rene adgangssperrer anvendes vil dette sjeldent være tilfellet.

I disse tilfellene vil beskyttelsessystemet uansett ikke hindre at verket kopieres og overføres til annen avspillingsplattform. Det vil hovedsakelig være de kombinerte sperrer som hindrer privat fremføring av lovlig anskaffet verk.²⁶³ Dermed vil omgåelsesvernet etter åvl. § 53a første ledd først og fremst avgrenses av proporsjonalitetsprinsippet.

3.7 Oppsummering og den videre drøftelse

Etter dette vil åvl. § 53a første ledd gi rettighetshaver et vidt rettslig vern mot omgåelse. For så vidt gjelder kravet til opphavsrettslig relevans, har dette særlig sammenheng med at kombinerte sperrer omfattes av omgåelsesvernet. Som nevnt i kapittel 2, er det først og fremst slike beskyttelsessystemer som benyttes i praksis.²⁶⁴ Det følger imidlertid av drøftelsen over at omgåelsesvernet av kombinerte sperrer vil avgrenses av proporsjonalitetsprinsippet. I hvor stor grad proporsjonalitetsprinsippet vil avgrense omgåelsesvernet er imidlertid uklart. EU-domstolen tok ikke stilling til om Nintendos beskyttelsessystem oppfylte kriteriene i proporsjonalitetsprinsippet, men overlot dette til den nasjonale domstol.²⁶⁵ Videre vil også rene adgangssperrer i hovedsak omfattes av omgåelsesvernet, fordi omgåelse av disse i praksis ikke vil utgjøre ”lovlig bruk” i henhold til åvl. § 11a.

Som nevnt, vil de aller fleste sluttbrukere være avhengige av å benytte omgåelsesverktøy for å kunne omgå beskyttelsessystemer.²⁶⁶ Rettighetshavers omgåelsesvern vil derfor bero på i hvilken grad produksjon og omsetning av omgåelsesverktøy er tillatt.²⁶⁷ Forbudet mot distribusjon m.v av omgåelsesverktøy følger åvl. § 53a andre ledd. Bestemmelsen gjennomfører opphavsrettsdirektivet art. 6(2).²⁶⁸ I det følgende vil denne bestemmelsen behandles.

²⁶³ Westman (2003) s. 563.

²⁶⁴ Rieber-Mohn (2006) s. 325.

²⁶⁵ Sak Nintendo, Nintendo of America and Nintendo of Europe v. PC Box and 9Net avsnitt 38.

²⁶⁶ Rognstad (2009) s. 382.

²⁶⁷ Rieber-Mohn (2010) s. 241.

²⁶⁸ Ot.prp. nr. 46 (2004-2005) s. 119.

4 Forbudet mot distribusjon og andre typer befatning med omgåelsesverktøy

Forbudet i åvl. § 53a andre ledd gjelder omgåelsesverktøy som "... frembys med det formål å omgå effektive tekniske beskyttelsessystemer, eller som kun har begrenset ervervsmessig nytte for annet enn slikt formål, eller som i hovedsak er utviklet for å muliggjøre eller forenkle slik omgåelse". Det blir i denne sammenheng presisert i lovforarbeidene at beskyttelsessystemet må tilfredsstillе kravene etter bestemmelsens første ledd for at forbudet skal komme til anvendelse.²⁶⁹ Dette innebærer blant annet at beskyttelsessystemet må tilfredsstillе kravet til opphavsrettslig relevans og kriteriene i proporsjonalitetsprinsippet, slik disse krav har blitt redegjort for over.

Omgåelsesverktøy kan være utformet som "innretninger, produkter eller komponenter". Definisjonen er teknologinøytral, og omfatter etter forarbeidene også programvarer.²⁷⁰ Videre vil forbudt befatning med omgåelsesverktøy være det å "selge, leie ut, eller på annen måte distribuere, [...] produsere eller innføre for distribusjon til allmennheten, [...] reklamere for salg eller utleie av, [...] besitte for ervervsmessige formål, [...] eller tilby tjenester i tilknytning til" omgåelsesverktøy, jf. åvl. § 53a andre ledd, henholdsvis bokstav (a)-(e).²⁷¹ Rognstad fremholder i denne sammenheng at formålet med en så vid beskrivelse er å ramme flest mulige former for befatning av omgåelsesverktøy som kan føre til at sluttbrukeres ulovlig omgåelse av beskyttelsessystemer.²⁷²

Produksjon og innførsel av omgåelsesverktøy vil imidlertid kun være forbudt dersom formålet med dette er distribusjon til allmennheten. Etter forarbeidene skal dette forstås slik at forbudet ikke vil ramme produksjon og innførsel for "de rent private handlinger".²⁷³ En tilsvarende avgrensning følger imidlertid ikke av opphavsrettsdirektivet art. 6(2), som slår fast at både "manufacture" og "import" helt generelt utgjør forbudt befatning.²⁷⁴ Avgrensningen er imidlertid såpass tydelig formulert at det i dette tilfellet ikke vil være mulig å komme frem til et direktivkonformt resultat ved anvendelse av presumsjonsprinsippet.²⁷⁵

²⁶⁹ Ot.prp. nr. 46 (2004-2005) s. 119.

²⁷⁰ Ot.prp. nr. 46 (2004-2005) s. 120.

²⁷¹ Rieber-Mohn (2010) s. 232.

²⁷² Rognstad (2009) s. 383.

²⁷³ Ot.prp. nr. 46 (2004-2005) s. 121.

²⁷⁴ Rieber-Mohn (2010) s. 246.

²⁷⁵ Tilsvarende Rieber-Mohn (2010) s. 246-247. Jf. kapittel 1.3 over om presumsjonsprinsippet.

For så vidt gjelder distribusjon av omgåelsesverktøy følger det av forarbeidene at kriteriet omfatter både distribusjon av fysiske eksemplarer i tillegg til ”overføringer i nettverk”.²⁷⁶ Dermed vil omgåelsesverktøy som formidles over nett også rammes av forbudet. Det følger videre av forarbeidene at distribusjon omfatter både ”gratis utdeling, utleie og salg av slike innretninger og tjenester”.²⁷⁷ I tillegg vil distribusjonskriteriet i utgangspunktet ikke være avgrenset mot de private handlinger.²⁷⁸ Distribusjon innenfor den private sfære vil dermed også rammes av forbudet. Distribusjonskriteriet vil dermed omfatte de mest praktiske former for befatning med omgåelsesverktøy, og vil altså i tillegg være supplert med en rekke andre typer ulovlige befatningsformer. Dette aspekt av forbudet vil som nevnt være vidt.

Forbudet vil derfor primært avgrenses ved vurderingen av om omgåelsesverktøyet ”frembys med det formål å omgå effektive tekniske beskyttelsessystemer”, eller om omgåelsesverktøyet kun har ”begrenset ervervsmessig nytte for annet enn slikt formål, eller hovedsak er utviklet for å muliggjøre eller forenkle slik omgåelse”.²⁷⁹ Denne del av forbudet gjennomfører opphavsrettsdirektivet art. 6(2) bokstav a-c nærmest ordrett. Avgrensningen må ses i sammenheng med kravet til opphavsrettslig relevans.²⁸⁰ Som nevnt, vil de færreste beskyttelsessystemer utelukkende hindre opphavsrettslig relevante handlinger. På samme måte vil omgåelsesverktøy kun unntaksvis utelukkende muliggjøre privat fremføring av lovlig anskaffet innhold. Det langt mer vanligere tilfellet er at omgåelsesverktøyet også muliggjør handlinger i strid med de opphavsrettslige eneretter etter åvl. § 2, jf. åvl. § 11a. Et første moment i denne sammenheng er at vilkårene er alternative.²⁸¹ Dermed vil markedsføring av forbudte ”omgåelsesfunksjoner” rammes av forbudet uavhengig av om omgåelsesverktøyet har et annet formål enn ulovlig omgåelse, jf. kriteriet ”frembys”.²⁸²

For så vidt gjelder de resterende vilkår gir forarbeidene begrenset veiledning. Det uttales at dette vil bero på ”... en konkret vurdering av den enkelte tjeneste/det enkelte produkt hvorvidt omgåelse er den sentrale funksjon eller ikke”.²⁸³

²⁷⁶ Ot.prp. nr. 46 (2004-2005) s. 120.

²⁷⁷ Ot.prp. nr. 46 (2004-2005) s. 121.

²⁷⁸ Ot.prp. nr. 46 (2004-2005) s. 121.

²⁷⁹ Jf. åvl. § 53a andre ledd.

²⁸⁰ Ot.prp. nr. 46 (2004-2005) s. 121.

²⁸¹ Sak C-355/12 Nintendo, Nintendo of America and Nintendo of Europe v. PC Box and 9Net, forslag til avgjørelse fra Generaladvokat E. Sharpstone avsnitt 68.

²⁸² Ot.prp. nr. 46 (2004-2005) s. 121.

²⁸³ Ot.prp. nr. 46 (2004-2005) s. 121.

Nintendo v. PC Box gjaldt blant annet spørsmålet om markedsføringen og omsetningen av dekodeinnetningen til spill-konsoller var i strid med opphavsrettsdirektivet art. 6(2).²⁸⁴ EU-domstolen tok i denne sammenheng stilling til hvilke kriterier som skal benyttes ved vurderingen av om et omgåelsesverktøy kun har ”begrenset ervervsmessig nytte” eller ”i hovedsak er utviklet for muliggjøre eller forenkle” ulovlig omgåelse.²⁸⁵ Som nevnt, var bakgrunnen for dette at omgåelsesverktøyet både muliggjorde avspilling av piratkopierte spill, i tillegg til selvstendig utviklede spill (”homebrews”).²⁸⁶ EU-domstolen fremholdt at hvordan omgåelsesverktøyet benyttes av sluttbrukere vil være særlig relevant ved denne vurdering.²⁸⁷ Dersom det kan slås fast at omgåelsesverktøyet primært blir benyttet til avspilling av lovlig anskaffet verk, vil omgåelses med andre ord ikke omfattes av forbudet.²⁸⁸ Tilsvarende vurdering må dermed foretas etter åvl. § 53a andre ledd.

Avslutningsvis blir det i forarbeidene uttalt at:

*”Selv om forslaget fra høringsutkastet om avgrensning av vernet mot systemer som er til hinder for privat fremføring ikke videreføres for forbudet mot en nærmere angitt befatning med omgåelsesverktøy, antar departementet at det innenfor det private området likevel bør være adgang til ikke-ervervsmessig distribusjon av innretninger som er nødvendige for å muliggjøre privat brukers tilegnelse av verket på relevant utstyr”.*²⁸⁹

Uttalelsen må ses i sammenheng med unntaket for privat brukers verkstilegnelse etter åvl. § 53a tredje ledd andre punktum.²⁹⁰ Denne bestemmelsen gjør etter sin ordlyd kun unntak fra omgåelsesvernet etter åvl. § 53a første ledd. For at sluttbrukere skal ha tilgang til omgåelsesverktøy for å muliggjøre privat avspilling, blir det altså i forarbeidene antatt at en ikke-ervervsmessig distribusjon innenfor den private sfære bør være tillatt.²⁹¹ En slik avgrensning følger ikke av opphavsrettsdirektivet art. 6(2), hvor ”distribution” helt generelt er forbudt.²⁹²

²⁸⁴ Sak C-355/12 Nintendo, Nintendo of America and Nintendo of Europe v. PC Box and 9Net. Jf. Redegjørelsen av denne avgjørelsen i punkt 3.5.3 over.

²⁸⁵ Sak C-355/12 Nintendo, Nintendo of America and Nintendo of Europe v. PC Box and 9Net avsnitt 34-36.

²⁸⁶ Sak C-355/12 Nintendo, Nintendo of America and Nintendo of Europe v. PC Box and 9Net avsnitt 12-15.

²⁸⁷ Sak C-355/12 Nintendo, Nintendo of America and Nintendo of Europe v. PC Box and 9Net avsnitt 36.

²⁸⁸ Sak C-355/12 Nintendo, Nintendo of America and Nintendo of Europe v. PC Box and 9Net avsnitt 36.

²⁸⁹ Ot.prp. nr. 46 (2004-2005) s. 121.

²⁹⁰ Rieber-Mohn (2010) s. 245.

²⁹¹ Rieber-Mohn (2010) s. 245.

²⁹² Rieber-Mohn (2010) s. 245.

Derimot vil lovgivers intensjoner uttrykt i forarbeidene i stor grad være ivaretatt ved at distribusjon m.v. av omgåelsesverktøy er tillatt så fremt det hovedsakelig benyttes til å muliggjøre privat avspilling. På bakgrunn av dette, men også fordi uttalelsene er såpass reservasjonspregede, bør det legges avgjørende vekt på opphavsrettsdirektivet.²⁹³

Samlet sett vil dermed forbudet mot distribusjon og andre typer befatning med omgåelsesverktøy i utgangspunktet være vidt. Samtidig vil distribusjon m.v. til en viss grad være tillatt etter etter åvl. § 53a andre ledd dersom omgåelsesverktøyet primært blir benyttet til å muliggjøre privat fremføring av lovlig anskaffede verk. På denne måten vil ikke sluttbrukeres tilgang til omgåelsesverktøy avskjæres helt, samtidig som rettighetshavers interesser ikke blir skadelidende.

5 Unntak – privat brukers tilegnelse av verket

5.1 Innledning

Etter åvl. § 53a tredje ledd andre punktum skal omgåelsesforbudet etter bestemmelsens første ledd ”ikke være til hinder for privat brukers tilegnelse av lovlig anskaffet verk på det *som i alminnelighet oppfattes som relevant avspillingsutstyr* (min utheving)”. Unntaket gjør det tillatt for sluttbrukere å omgå tekniske beskyttelsessystemer dersom vilkårene for slik omgåelse er oppfylt, og vil dermed være relevant for denne oppgavens problemstilling. Hovedvilkåret etter bestemmelsen er den uthevede del over. Det er også det vilkåret som har forvoldt mest tolkningstvil i litteraturen.²⁹⁴ Bakgrunnen for dette er blant annet at departementets lovforslag ble delvis revidert ved den etterfølgende behandlingen i stortingskomiteen.²⁹⁵ Det oppsto videre uenighet om forståelsen av bestemmelsen under behandlingen i Odelstinget.²⁹⁶

Det har videre vært reist kritikk mot unntaksbestemmelsen fordi den mangler uttrykkelig hjemmel i opphavsrettsdirektivet.²⁹⁷ Mye av den potensielle motstriden har imidlertid blitt eliminert etter at EU-domstolen tolket opphavsrettsdirektivet art. 6(3) innskrenkende i *Nintendo v. PC Box*.²⁹⁸ Dette har særlig sammenheng med at både unntaksbestemmelsen og proporsjonalitetsprinsippet avgrenser de kombinerte sperrers vern.²⁹⁹ Imidlertid skiller unntaksbestemmelsen seg etter sin ordlyd fra proporsjonalitetsprinsippet.

²⁹³ I tilsvarende retning Rieber-Mohn (2010) s. 245. Jf. punkt 1.3 over om presumsjonsprinsippet.

²⁹⁴ Se blant annet Rognstad (2009) s. 384-387, Rieber-Mohn (2010) s. 233-237.

²⁹⁵ Innst.O. nr. 103 (2004-2005) s. 38.

²⁹⁶ Forhandl. i Odelstinget nr. 149 (2004-2005) s. 724-745.

²⁹⁷ Rieber-Mohn (2010) s. 237.

²⁹⁸ Sak C-355/12 Nintendo, Nintendo of America and Nintendo of Europe v. PC Box and 9Net.

²⁹⁹ Ot.prp. nr. 46 (2004-2005) s. 118. Se også punkt 3.5.3.

I tillegg hjemler åvl. § 53a tredje ledd andre punktum også eksemplarframstilling til privat bruk, noe som ikke er tilfellet for proporsjonalitetsprinsippet.³⁰⁰ I det følgende vil det først gjøres rede for unntaksbestemmelsen. Deretter vil forholdet til opphavsrettsdirektivet behandles.

5.2 Unntakets innhold

5.2.1 Særlig om kriteriet ”det som i alminnelighet oppfattes som relevant avspillingsutstyr”

Som nevnt over, foreslo departementet opprinnelig at beskyttelsessystemer utelukkende måtte kontrollere opphavsrettslig relevante handlinger.³⁰¹ Med avgrensningen mot midlertidig eksemplarframstilling etter åvl. § 11a slik denne bestemmelsen ble forstått av lovgiver, ville dette ha medført at beskyttelsessystemer som hindret privat fremføring overhode ikke ville være omfattet av omgåelsesvernet etter åvl. § 53a første ledd.³⁰² Etter en fornyet vurdering kom departementet til at beskyttelsessystemer ikke utelukkende må kontrollere opphavsrettslig relevante handlinger.³⁰³ Dette innebærer at kombinerte sperrer omfattes av omgåelsesvernet.³⁰⁴ Som nevnt i kapittel 2, vil slike beskyttelsessystemer føre til at verk kun kan avspilles på særskilte avspillingsprogrammer og –utstyr.³⁰⁵ Departementet mente imidlertid at et slikt absolutt vern av kombinerte sperrer ville ramme forbrukerne hardt, og foreslo derfor en unntaksbestemmelse som skulle gjøre det tillatt å omgå kombinerte sperrer i særskilte tilfeller for å muliggjøre privat avspilling.³⁰⁶

Etter dette forslaget skulle omgåelsesforbudet i første ledd ”ikke være til hinder for privat brukers tilegnelse av verket på relevant avspillingsutstyr”.³⁰⁷ Det sentrale vilkåret etter det opprinnelig forslaget skulle være ”relevant avspillingsutstyr”.³⁰⁸ I henhold til odelstingsproposisjonen skulle dette vilkåret forstås snevert.³⁰⁹

³⁰⁰ Ot.prp. nr. 46 (2004-2005) s. 118, Rognstad (2009) s. 387.

³⁰¹ Ot.prp. nr. 46 (2004-2005) s. 117.

³⁰² Tilsvarende Rognstad (2009) s. 384.

³⁰³ Ot.prp. nr. 46 (2004-2005) s. 118.

³⁰⁴ Med det forbehold at de etter drøftelsen over må tilfredsstille kravene etter proporsjonalitetsprinsippet.

³⁰⁵ Westman (2003) s. 563.

³⁰⁶ Ot.prp. nr. 46 (2004-2005) s. 118.

³⁰⁷ Ot.prp. nr. 46 (2004-2005) s. 167.

³⁰⁸ Ot.prp. nr. 46 (2004-2005) s. 119.

³⁰⁹ Ot.prp. nr. 46 (2004-2005) s. 119.

Den avgjørende skulle i denne sammenheng være "... hvilke forventninger til avspilling forbruker med rimelighet kan ha til det aktuelle produkt".³¹⁰ Det ble samtidig presisert at etterfølgende kopiering av det vernede innhold skulle være tillatt såfremt dette var en forutsetning for avspilling.³¹¹

Det ble i denne sammenheng uttalt at omgåelse av beskyttelsessystemer på CD-er for å muliggjøre avspilling på bilens CD-spiller ville oppfylle vilkårene i unntaket.³¹² Det var nok særlig på bakgrunn av dette at kopiering skulle være tillatt. CD-spillere i biler vil undertiden ikke kunne avlese CD-formatet.³¹³ I slike tilfeller vil det være nødvendig for sluttbruker å foreta en formatkonvertering for å muliggjøre avspilling. På den andre siden ble det uttalt at omgåelse for å muliggjøre konvertering av musikkfiler på en CD til Mp3-formatet ikke ville falle inn under unntaket.³¹⁴ En Mp3-spiller ble med andre ord ikke oppfattet som relevant avspillingsutstyr for CD-er.³¹⁵ Dette belyser hvor snever unntaksregelen opprinnelig skulle være. Verks-eksemplaret måtte fremstå som særskilt tilpasset for avspilling på den relevante avspillingsenheten for at omgåelse skulle være tillatt.³¹⁶

På daværende tidspunkt hadde Mp3-spilleren fått sitt inntog i samfunnet, og en stor del av befolkningen utførte slike formatendringer for å muliggjøre avspilling av lovlig anskaffet musikk på Mp3-spillere. Departementets forslag vakte derfor kraftige reaksjoner.³¹⁷ Det ble derfor av en samlet stortingskomité ansett som lite rimelig at omgåelse for å muliggjøre slike konverteringer ikke skulle være tillatt.³¹⁸ Stortingskomiteens mindretall foreslo derfor å videreføre departementets forslag med det tillegg at: "Bestemmelsen skal heller ikke være til hinder for privat brukers overføring av lydopptak fra CD til avspiller for annet format innenfor reglene om kopiering til privat bruk i § 12".³¹⁹

³¹⁰ Ot.prp. nr. 46 (2004-2005) s. 119.

³¹¹ Ot.prp. nr. 46 (2004-2005) s. 118.

³¹² Ot.prp. nr. 46 (2004-2005) s. 119.

³¹³ Westman (2003) s. 563 note 11.

³¹⁴ Ot.prp. nr. 46 (2004-2005) s. 119. Jf. Rieber-Mohn (2010) s. 234.

³¹⁵ Ot.prp. nr. 46 (2004-2005) s. 119.

³¹⁶ Rognstad (2009) s. 386.

³¹⁷ Rognstad (2009) s. 385, se også Innst.O. nr. 103 (2004-2005) s. 30.

³¹⁸ Innst.O. nr. 103 (2004-2005) s. 38-39.

³¹⁹ Innst.O. nr. 103 (2004-2005) s. 39.

Komiteens flertall la også til grunn at Mp3-spillere skulle være relevant avspillingsutstyr for CD-er.³²⁰ De uttalte videre at ”hva som utgjør relevant avspillingsutstyr... bør forstås relativt fleksibelt”.³²¹ Det ble samtidig fremholdt at den sentrale vurderingen fortsatt skulle være ”... hvilke forventninger til avspilling forbruker med rimelighet kan ha”.³²² For å tydeliggjøre dette ble det foreslått at unntaket skulle lyde, slik det lyder i nåværende form.³²³

Den etterfølgende debatten i Odelstinget dreide seg primært om komitéflertallets forslag måtte forstås slik at den også hjemlet andre formatkonverteringer enn CD til Mp3.³²⁴ Representant Knudsen (FrP) uttalte i denne sammenheng at komitéflertallets forslag ”har en teknologinøytral formulering”, mens komitémindretallet ”knytter sitt forslag til CD og Mp3 spesifikt”.³²⁵ Representantene Bergo (SV) og Giske (AP) uttalte imidlertid komitéflertallets forslag skal forstås slik at det kun hjemler overføringer fra CD til Mp3.³²⁶ Som fremholdt i teorien, er det vanskelig å forstå hvorfor representantene som delte denne oppfatningen, likevel stemte for komitéflertallets forslag.³²⁷

På bakgrunn av dette er det reist to problemstillinger i teorien. For det første om det avgjørende for hva som utgjør relevant avspillingsutstyr fortsatt er hvilke forventninger til avspilling sluttbruker med rimelighet har.³²⁸ Spørsmålet er med andre ord om en ”objektivisert norm” kan legges til grunn, til tross for at ordlyden taler for at hva som utgjør relevant avspillingsutstyr beror på sluttbrukeres subjektive oppfatning, jf. ”det som i alminnelighet oppfattes som”.³²⁹ Den andre problemstillingen gjelder omgåelse der det er nødvendig å konvertere det digitale innholdet til et nytt format. Spørsmålet relatert til dette er om unntaket kun hjemler omgåelse dersom formålet med dette er overføringer fra CD til Mp3-formatet.³³⁰ Slik representant Knudsen fremholdt, fremstår bestemmelsen i utgangspunktet som teknologinøytral. I tillegg er altså uttalelsene under debatten i Odelstinget sprikende på dette punkt.³³¹

³²⁰ Innst.O. nr. 103 (2004-2005) s. 38.

³²¹ Innst.O. nr. 103 (2004-2005) s. 38.

³²² Innst.O. nr. 103 (2004-2005) s. 38.

³²³ Innst.O. nr. 103 (2004-2005) s. 38.

³²⁴ Forhandl. i Odelstinget nr. 149 (2004-2005) s. 724-745, Rieber-Mohn (2010) s. 235.

³²⁵ Forhandl. i Odelstinget nr. 149 (2004-2005) s. 724.

³²⁶ Forhandl. i Odelstinget nr. 149 (2004-2005) s. 726 og s. 729.

³²⁷ Rognstad (2009) s. 386, Rieber-Mohn (2010) s. 235.

³²⁸ Rognstad (2009) s. 385, Rieber-Mohn (2010) s. 234.

³²⁹ Rognstad (2009) s. 385.

³³⁰ Rognstad (2009) s. 386, Rieber-Mohn (2010) s. 236.

³³¹ Rognstad (2009) s. 385.

De fleste kommentatorer argumenterer i denne sammenheng for at unntaket bør underlegges en relativt streng fortolkning.³³² Både fra uttalelsene i stortingskomiteen, men også fra den etterfølgende debatten i Odelstinget, fremstår det som om lovgiver primært ville videreføre departementets opprinnelige forslag med det forbehold at overføringer fra CD til Mp3 skulle omfattes.³³³ Det avgjørende for hva som utgjør relevant avspillingsutstyr etter loven vil derfor fortsatt være hvilke forventninger sluttbruker med rimelighet har til innholdet.³³⁴ Omgåelse vil derfor i utgangspunktet kun være tillatt der verket fremstår som særskilt tilpasset for avspilling på avspillingsutstyret.³³⁵ I de tilfeller det er nødvendig å konvertere formatet, følger det av behandlingen i Odelstinget at overføringer fra CD til Mp3 omfattes av unntaket. Videre må representantenes bruk av ordet "Mp3" forstås slik at også andre komprimerte filformater for lyd omfattes.³³⁶

I de tilfellene lydfilene ikke er implementert på CD-er, eller det er andre typer verk og prestasjoner, slik som e-bøker og filmer, er saken mer tvilsom. Rognstad uttaler i denne sammenheng at det må være et "tilfelle som på alle måter kan sammenliknes med forholdet CD/mp3".³³⁷ Videre fremholder han at den avgjørende norm for om slike omgåelser omfattes av unntaket fortsatt vil være hvilke berettigede forventninger sluttbrukerne har til innholdet.³³⁸

5.2.1.1 Avtaleaspekt

Et særskilt spørsmål er hvordan bestemmelsen forholder seg til avtaler om hvilket avspillingsutstyr som kan brukes.³³⁹ Det følger i denne sammenheng av odelstingsproposisjonen at hvis det "ved kjøp av lydfil på Internett inngås avtale om hvilken avspiller som kan benyttes, vil lovens krav til relevant avspillingsutstyr innebære at utstyr utover det som fremgår av avtalen ikke vil kunne være relevant".³⁴⁰ Denne forståelsen ble imidlertid ikke bekreftet etter at bestemmelsen ble revidert.³⁴¹ Som nevnt over ble opphavsrettsdirektivet art. 6(3) forstått slik at beskyttelsessystemer som håndhever bruksavtaler var omfattet av omgåelsesvernet.³⁴²

³³² Rognstad (2009) s. 386, Rieber-Mohn (2010) s. 235-236. Motsatt Rieber-Mohn (2006) s. 328-330.

³³³ Rognstad (2009) s. 386, Rieber-Mohn (2010) s. 234.

³³⁴ Rognstad (2009) s. 386.

³³⁵ Rognstad (2009) s. 386.

³³⁶ Rieber-Mohn (2010) s. 236.

³³⁷ Rognstad (2009) s. 386.

³³⁸ Rognstad (2009) s. 386.

³³⁹ Rognstad (2009) s. 387.

³⁴⁰ Ot.prp. nr. 46 (2004-2005) s. 119.

³⁴¹ Tilsvarende Rieber-Mohn (2010) s. 237.

³⁴² Rieber-Mohn (2010) s. 216-217.

For at unntaket i størst mulig grad skulle samsvare med opphavsrettsdirektivet, ble det derfor i teorien argumentert for at uttalelsene i odelstingsproposisjonen burde opprettholdes.³⁴³

Det følger imidlertid av drøftelsen over at handlinger i strid med avtale ikke krever rettighets-havers tillatelse etter opphavsrettsdirektivet art. 6. På den andre side vil det fortsatt være problematisk at unntaksbestemmelsen etter sin ordlyd skiller seg vesentlig fra proporsjonalitets-prinsippet, selv om begge disse avgrenser de kombinerte sperrers vern. Dette tilsier at unntaket også i denne sammenheng burde underlegges en innskrenkende tolkning.

At avspillingsutstyr utover det som fremgår av gyldig vedtatt avtale ikke ”i alminnelighet an-ses som relevant avspillingsutstyr” vil også samsvare med en objektivisert norm.³⁴⁴ Sluttbru-ker vil neppe ha noen berettigede forventninger om avspilling på annet utstyr enn det som fremgår av avtale.

Som nevnt over, vil sluttbruker vanligvis måtte godta standardavtaler for å kunne kjøpe verk eller få adgang til verk over nett.³⁴⁵ Avgrensningen vil dermed innebære at unntaket hovedsa-kelig vil hjemle omgåelse av verk på fysiske bærere. I takt med at stadig flere sluttbrukere erverver verk over nettet, vil unntakets praktiske rekkevidde være begrenset.

5.2.2 De resterende vilkår

Av drøftelsen over følger det at unntakets hovedvilkår skal underlegges en innskrenkende fortolkning. Relatert til denne oppgavens problemstilling innebærer dette at omgåelsesvernet ikke i stor grad blir avgrenset av unntaksbestemmelsen. Videre vil flere av de resterende vil-kår i unntaksbestemmelsen innsnevre unntakets rekkevidde i ytterligere grad.

En forutsetning for at bestemmelsen skal komme til anvendelse er at det må være ”lovlig an-skaftet verk”. Dette tilsier at omgåelse for å muliggjøre privat fremføring ikke vil være tillatt der verket er anskaffet gjennom ulovlig fildeling eller innholdet er piratkopiert. Unntaket vil videre kun komme til anvendelse dersom beskyttelsessystemet er ”til hinder for privat brukers tilegnelse” av verket. Etter odelstingsproposisjonen innebærer dette at omgåelse må skje for å muliggjøre avspilling innenfor ”det private området”.³⁴⁶

³⁴³ Rognstad (2009) s. 387, Rieber-Mohn (2010) s. 237.

³⁴⁴ Tilsvarende Rieber-Mohn (2010) s. 237.

³⁴⁵ Rieber-Mohn (2010) s. 236.

³⁴⁶ Ot.prp. nr. 46 (2004-2005) s. 156.

Innenfor opphavsrettens terminologi vil kravet til at avspilling kun skjer innenfor det private område innebære at avspilling må skje innenfor ”den forholdsvis snevre krets som familie-, vennskaps-, eller omgangsbånd skaper”.³⁴⁷

Den mest betydelige avgrensningen er imidlertid at bestemmelsen etter sin ordlyd kun gjør unntak fra åvl. § 53a første ledd.³⁴⁸ Etter odelstingsproposisjonen innebærer dette at bestemmelsen kun gjør unntak fra sluttbrukers omgåelse, og ikke mot forbudet mot distribusjon og andre typer befatning med omgåelsesverktøy etter åvl. § 53a andre ledd.³⁴⁹ Distribusjon mv. av omgåelsesutstyr vil derfor i utgangspunktet være forbudt selv om utstyret blir anvendt for å muliggjøre privat verkstilegnelse i henhold til åvl. § 53a tredje ledd andre punktum.³⁵⁰ Unntaksbestemmelsen bærer dermed primært preg å være et utslag av det grunnleggende prinsipp i opphavsretten om at opphavsrettslig regulering ikke skal strekke seg innenfor den private sfære.³⁵¹

De aller fleste sluttbrukere vil være avhengig av omgåelsesverktøy for å kunne omgå beskyttelsessystemer.³⁵² I teorien har det derfor blitt stilt spørsmål om unntaksbestemmelsen faktisk sett muliggjør omgåelse, enn så lenge rettighetshaver i utgangspunktet kan avskjære sluttbrukers tilgang til omgåelsesverktøy ved å rette sine krav mot distributør mv. av slike verktøy.³⁵³ Det følger imidlertid av drøftelsen over at distribusjon mv. av omgåelsesverktøy vil være tillatt dersom omgåelsesverktøyet primært anvendes til å muliggjøre privat fremføring av lovlig anskaffede verk.³⁵⁴ Distribusjon mv. av omgåelsesverktøy vil med andre ord være tillatt dersom sluttbrukere benytter disse i tråd med åvl. § 53a tredje ledd andre punktum. Sluttbrukeres faktiske mulighet til å omgåelse for å muliggjøre privat fremføring vil dermed være ivaretatt gjennom formålsvurderingen etter åvl. § 53a andre ledd.³⁵⁵

³⁴⁷ Rognstad (2009) s. 188. Selve sitatet er fra Knoph (1936) s. 89 [sitert etter Rognstad (2009) s. 188].

³⁴⁸ Tilsvarende Rieber-Mohn (2010) s. 244.

³⁴⁹ Ot.prp. nr. 46 (2004-2005) s. 118.

³⁵⁰ Se også drøftelsen i kapittel 4 over.

³⁵¹ Om dette prinsipp, Rognstad (2009) s. 229.

³⁵² Rieber-Mohn (2010) s. 241.

³⁵³ Rieber-Mohn (2010) s. 245-247.

³⁵⁴ Jf. kapittel 4 over, Sak C-355/12 Nintendo, Nintendo of America and Nintendo of Europe v. PC Box and 9Net avsnitt 36.

³⁵⁵ Jf. kapittel 4 over.

5.3 Forholdet til opphavsrettsdirektivet

5.3.1 Innledning

Som nevnt over, mangler unntaket uttrykkelig hjemmel i opphavsrettsdirektivet art 6.³⁵⁶ En særskilt problemstilling er derfor i hvilken grad unntaksbestemmelsen strider med opphavsrettsdirektivet. I denne sammenheng er det viktig å fremholde at unntaket hjemler to forskjellige brukssituasjoner. I den første skjer en omgåelse for å muliggjøre avspilling uten at det er nødvendig å foreta en formatkonvertering av mediet.³⁵⁷ I den andre brukssituasjonen er formålet det samme, men formatkonvertering er nødvendig for å muliggjøre avspilling.³⁵⁸ I dette tilfellet skjer det i realiteten en eksemplarframstilling til privat bruk.³⁵⁹ Eksempelvis vil en overføring fra CD til Mp3 innebære at sluttbruker sitter igjen med to eksemplarer av samme verk. Denne grensedragningen har betydning for unntakets forhold til opphavsrettsdirektivet.³⁶⁰ Bakgrunnen for dette er at medlemsstatene i henhold til opphavsrettsdirektivet art. 6(4) annet ledd har en begrenset adgang til å gjøre unntak fra omgåelsesforbudet etter opphavsrettsdirektivet art. 6(1) for å muliggjøre eksemplarframstilling til privat bruk innenfor rammene av opphavsrettsdirektivet art. 5(2) bokstav b.³⁶¹ Av plassmangel vil imidlertid disse direktivbestemmelsene ikke behandles i denne oppgaven.

I de tilfellene kopiering av verket ikke er nødvendig, vil forholdet derimot reguleres utelukkende av opphavsrettsdirektivet art. 6(1), jf. art. 6(3).³⁶² Som nevnt, vil omgåelsesvernet for kombinerte sperrer begrenses av proporsjonalitetsprinsippet.³⁶³ Spørsmålet om opphavsrettsdirektivet er gjennomført korrekt på dette punkt vil derfor bero på om unntaket om privat brukers verkstilegnelse samsvarer med proporsjonalitetsprinsippet.

³⁵⁶ Rieber-Mohn (2010) s. 237.

³⁵⁷ Ot.prp. nr. 46 (2004-2005) s. 118, Rognstad (2009) s. 384 og s. 387, Rieber-Mohn (2010) s. 242.

³⁵⁸ Ot.prp. nr. 46 (2004-2005) s. 118, Rognstad (2009) s. 384 og s. 387, Rieber-Mohn (2010) s. 242.

³⁵⁹ Rognstad (2009) s. 387, Rieber-Mohn (2010) s. 242-243.

³⁶⁰ Rognstad (2009) s. 387.

³⁶¹ Rognstad (2009) s. 387.

³⁶² Rognstad (2009) s. 387.

³⁶³ Jf. drøftelsen over i 3.6.2.

5.3.2 Er unntaket om privat brukers verkstilegnelse i samsvar med proporsjonalitetsprinsippet?

Som nevnt, er en forutsetning for at både unntaksbestemmelsen og proporsjonalitetsprinsippet skal komme til anvendelse at omgåelse skjer for å muliggjøre privat fremføring av lovlig anskaffede verk.³⁶⁴ Videre vil begge regelsett begrense de kombinerte sperrers vern.³⁶⁵ Om proporsjonalitetsprinsippet krav er oppfylt vil imidlertid særlig bero på nødvendighetskriteriet.³⁶⁶ Etter denne vurderingen skal det blant annet undersøkes om det foreligger mindre inngripende beskyttelsessystemer som i tilsvarende grad gir rettighetshaver den ønskede beskyttelse.³⁶⁷ Etter nødvendighetskriteriet må det med andre ord undersøkes om rettighetshaver faktisk sett hadde mulighet til å implementere et mindre inngripende beskyttelsessystem. Etter åvl. § 53a tredje ledd andre punktum vil det avgjørende på den andre side være hvilke berettigede forventninger til avspilling sluttbruker har.³⁶⁸ Dersom slike berettigede forventninger foreligger vil omgåelse dermed være tillatt uavhengig av om rettighetshaver ikke hadde mulighet til å implementere et mindre inngripende beskyttelsessystem. På dette punkt vil ikke unntaksbestemmelsen samsvare med proporsjonalitetsprinsippet. I dette tilfellet vil det imidlertid ikke være mulig å komme frem til en direktivkonform tolkning ved anvendelse av presumsjonsprinsippet.³⁶⁹ Unntaksbestemmelsen vil ikke åpne for en slik tolkning, og en ytterligere innskrenkende tolkning vil gå utover innrettelseshensynet. Dette har særlig sammenheng med at omgåelse i strid med unntaksbestemmelsen vil være strafferettslig sanksjonert etter åvl. § 54 første ledd bokstav b.³⁷⁰

De praktiske konsekvensene av motstriden vil imidlertid ikke være store. Dette har sammenheng med at det etter nødvendighetskriteriet også må vurderes om beskyttelsessystemet er for inngripende, selv om det ikke foreligger alternative beskyttelsessystemer.³⁷¹ I og med at unntaksbestemmelsen skal forstås snevert, og omgåelse kun unntaksvis vil være tillatt, vil nok utfallet av disse vurderinger ikke være særlig forskjellige.³⁷²

³⁶⁴ Se blant annet Sak C-355/12 Nintendo, Nintendo of America and Nintendo of Europe v. PC Box and 9Net, forslag til avgjørelse fra Generaladvokat E. Sharptone avsnitt 49.

³⁶⁵ Jf. punkt 3.6.2 i denne oppgaven. Ot.prp. nr. 46 (2004-2005) s. 118, Rognstad (2009) s. 384.

³⁶⁶ Sak C-355/12 Nintendo, Nintendo of America and Nintendo of Europe v. PC Box and 9Net avsnitt 30.

³⁶⁷ Sak C-355/12 Nintendo, Nintendo of America and Nintendo of Europe v. PC Box and 9Net avsnitt avsnitt 31-32.

³⁶⁸ Rognstad (2009) s. 386.

³⁶⁹ Om presumsjonsprinsippet, se punkt 1.3 over.

³⁷⁰ Rieber-Mohn (2006) s. 329-330.

³⁷¹ Sak C-355/12 Nintendo, Nintendo of America and Nintendo of Europe v. PC Box and 9Net, forslag til avgjørelse fra Generaladvokat E. Sharptone avsnitt 60-61. Jf. punkt 3.5.4 over.

³⁷² Om åvl. § 53a tredje ledd andre punktum se Rognstad (2009) s. 386-387, Rieber-Mohn (2010) s. 236-237.

6 Avsluttende bemerkninger

Denne oppgavens problemstilling var å avgjøre i hvilken grad åvl. § 53a verner rettighetshaver mot sluttbrukers omgåelse av tekniske beskyttelsessystemer. Sammenlignet med den forståelse av opphavsrettsdirektivet art. 6 som ble lagt til grunn i teorien, foreskriver åvl. § 53a et mye snevrere omgåelsesvern.³⁷³ Blant annet vil tekniske beskyttelsessystemer som håndhever bruksavtaler ikke være vernet etter åvl. § 53a første ledd.³⁷⁴ Etter EU-domstolens avgjørelse i Nintendo v. PC Box vil imidlertid åvl. § 53a første ledd samsvare med opphavsrettsdirektivet art. 6 på dette punkt.³⁷⁵ Videre vil omgåelsesvernet for de mest anvendte beskyttelsessystemer, de kombinerte sperrer, være ytterligere avgrenset ved at vilkårene etter proporsjonalitetsprinsippet må være oppfylt for at disse beskyttelsessystemene skal være vernet.³⁷⁶ Samtidig vil både proporsjonalitetsprinsippet og åvl. § 53a tredje ledd andre punktum kun hjemle omgåelse der dette skjer for å muliggjøre legitim bruk.³⁷⁷ Omgåelse vil i disse tilfellene ikke i særlig grad ramme rettighetshaveres interesser. Samlet sett vil dermed både opphavsrettsdirektivet art. 6 og åvl. § 53a i større grad balansere rettighetshaveres og sluttbrukeres motstridende interesser enn det den opprinnelig tolkning av opphavsrettsdirektivet la opp til.

³⁷³ Rieber-Mohn (2010) s. 216.

³⁷⁴ Rieber-Mohn (2006) s. 325.

³⁷⁵ Sak C-355/12 Nintendo, Nintendo of America and Nintendo of Europe v. PC Box and 9Net. Jf. punkt 3.5.3 over.

³⁷⁶ Rieber-Mohn (2006) s. 325.

³⁷⁷ Jf. punkt 5.3 over.

Litteraturliste

Litteratur

Agnew, Grace, *Digital rights management: A librarian's guide to technology and practise*, 2008. Google Books.

<https://play.google.com/books/reader?printsec=frontcover&output=reader&id=oJqjAgAAQB-AJ&pg=GBS.PR5>.

Arnesen, Finn og Are Stenvik, *Internasjonalisering og juridisk metode: Særlig om EØS-rettens betydning i norsk rett*, 2009.

Barnard, Catherine, *The substantive law of the EU: The four freedoms*, 4. utgave, 2013.

Bechtold, Stefan, "Directive 2001/29/EC", I: "*Concise european copyright law*" Thomas Dreier og Bern Hugenholtz (red.) 2006, s. 343-403.

Dusollier, Séverine, "Tipping the scale in favor of the right holders:

The European anti-circumvention provisions", I: *Digital rights management: Technological, economic, legal and political aspects*, Eberhard Becker, Willms Buhse, Dirk Günnewig og Niels Rump (red.), 2003, s. 462-479. (Sitert fra SpringerLink)

Gasser, Urs og Michael Girsberger, "Transposing the copyright directive: Legal protection of technological measures in EU-member states – A genie stuck in a bottle?", *Berkham working paper No. 2004-2010 (Cambridge 2004)*. <http://ssrn.com/abstract=628007>.

Gasser, Urs, "Legal frameworks and technological protection of digital content: Moving forward towards a best practice model", *Fordham intellectual property, media and entertainment law journal*, Volum 17, 1. utgave (2006), s. 40-113 (sitert fra HeinOnline).

Gillespie, Tarleton, *Wired shut: Copyright and the shape of digital culture*, 2007.

Knoph, Ragnar, *Åndsretten*, 1936. [Sitert etter: Rognstad, Ole-Andreas i samarbeid med Birger Stuevold Lassen, *Opphavsrett*, 2009, s. 188].

Kur, Annette og Thomas Dreier, *European intellectual property law: Text, cases and materials*, 2013.

Mazziotti, Guisepppe, *EU digital copyright law and the end-user*, 2008. SpringerLink Books Complete. DOI: 10.1007/978-3-540-76985-0.

Rieber-Mohn, Thomas, "Kravet til opphavsrettslig relevans som "grunnsten" i det norske forbudet mot omgåelse av tekniske beskyttelsessystemer", *Nordisk Immateriellt Rättsskydd* 4/Årg. 75 (2006), s. 321-335 (sitert fra nir.nu).

Rieber-Mohn, Thomas, *Digital privatkopiering: Åndsverkloven § 12 i møte med tekniske beskyttelsessystemer og rettslige omgåelsesforbud*, 2010.

Rognstad, Ole-Andreas i samarbeid med Birger Stuevold Lassen, *Opphavsrett*, 2009.

Sejersted, Fredrik, Finn Arnesen, Ole-Andreas Rognstad, Sten Foyn og Olav Kolstad, *EØS-rett*, (2. utgave) 2004.

Still, Viveca, *DRM och upphovsrättens obalans*, 2007.

Westman, Daniel, ”Tekniska åtgärder. Nordiskt genomförande av artikel 6 i infosoc-direktivet”, *Nordisk Imateriellt Rättskydd* (2003) s. 559-579 (sitert fra nir.nu).

Nettsider

Aftenposten, *Aftenposten kundeportal* (2015), <https://kundeportal.aftenposten.no> [sitert 02.15.2015].

Konkurransetilsynet, *Forbud mot utilbørlig utnyttelse av dominerende stilling* (2015), http://www.konkurransetilsynet.no/Global/Faktaark/§11_DOMINERENDE_STILLING.pdf [sitert 18.10.2015].

Norske lover og forarbeider

1961	Lov 12. mai 1961 nr. 2 om opphavsrett til åndsverk m.v. (åndsverkloven – åvl.).
2005	Lov 20. mai 2005 nr. 28 om straff (straffeloven – strl. 2005.).
Ot.prp. nr. 46 (2004-2005)	Om lov om endringer i åndsverkloven m.m.
Innst.O. nr.103 (2004-2005)	Innstilling fra familie-, kultur- og administrasjonskomiteen om lov om endringer i åndsverkloven m.m.
Forhandl. i Odelstinget nr. 149 (2004-2005)	Sak nr. 1 Innstilling fra familie-, kultur- og administrasjonskomiteen om lov om endringer i åndsverkloven m.m. (Innst. O. nr. 103 (2004-2005), jf. Ot.prp. nr. 46 (2004-2005)).

Høringsuttalelser

Kultur- og kirkedepartementet (2003) Høringsutkast om forslag til endring i åndsverklov m.m, 2. april 2003.

EU-direktiver

EP/Rdir/2001/29/EF

Europaparlaments- og rådsdirektiv 2001/29/EF av 22. mai 2001 om harmonisering av visse sider ved opphavsrett og beslektede rettigheter i informasjonssamfunnet [opphavsrettsdirektivet].

EP/Rdir/2009/24/EF

Europaparlaments- og rådsdirektiv 2009/24/EF av 23. april 2009 om rettslig beskyttelse av dataprogrammer (kodifisering) [programvaredirektivet].

Traktater og konvensjoner

WCT

World Intellectual Property Organization Copyright Treaty, Genève 20. desember 1996.

WPPT

World Intellectual Property Organization Performances and Phonograms Treaty, Genève 20. desember 1996.

EØS-avtalen

Avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde, 2. mai 1992.

Utenlandske lover (USA)

Digital Millenium Copyright ACT (1998) (DMCA).

Rettspraksis

Sak C-355/12 Nintendo, Nintendo of America and Nintendo of Europe v. PC Box and 9Net [Nintendo v. PC Box]. ECLI:EU:C:2014:25

Opinion of Advocate General Sharpston, ECLI:EU:C:2013:589
Sak C-355/12 Nintendo, Nintendo of America and Nintendo of Europe v. PC Box and 9Net.

Forenede saker C-403/08 og C-429/08 ECLI:EU:C:2011:631
Football Association Premier League and Others v. QC Leisure and Others og Karen Murphy
v. Media Protection Services.

Sak C-345/12 ACI Adam and ECLI:EU:C:2014:254
Others v. Stichting de Thuis kopie, Stichting Onderhandelingen Thuis kopie [ACI Adam]

Rt. 2000 s. 1811 [Finanger 1].